

**CORRUPCIÓN Y DELITOS CONTRA LA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. INSUFICIENCIAS Y LÍMITES  
DEL DERECHO PENAL EN LA LUCHA CONTRA LA  
CORRUPCIÓN: EL EJEMPLO ESPAÑOL**

---

*MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONILLO*

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de León (España)\*

Es para mí un placer publicar un trabajo en la Revista de Derecho de la Universidad Centroamericana, Facultad de Ciencias Jurídicas (Managua, Nicaragua), a cuyo Consejo Editor tengo el honor de pertenecer. A la citada Facultad de Derecho me unen vínculos académicos muy estrechos y también personales, especialmente (aunque no sólo) con su Decano, el Prof. Dr. Ismael Manuel Aráuz Ulloa, y con la Editora de la Revista y Coordinadora de Posgrado y Maestría, la Prof. Dra. María Asunción Moreno Castillo, que han contribuido a que sienta un especial cariño por Nicaragua. Intento una vez más colaborar modestamente con el país de la forma más específica en que puede hacerlo un académico dedicado al Derecho penal: con sus reflexiones jurídicopenales. Espero que éstas, relacionadas con un fenómeno tan preocupante como el de la corrupción, sean de algún provecho.

Mi relación con el estudio de la corrupción se limita a haber publicado, como penalista, diversos trabajos sobre delitos contra la Administración pública<sup>1</sup>, en buena medida de contenido, por un lado, informativo, y, por otro, dogmático, si

---

\* Este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación BJU2001-0121, financiado por el MCYT, parcialmente con fondos FEDER, y LE 55/02, financiado por la Junta de Castilla y León, de los que soy investigador principal. Tiene su origen en la ponencia que, bajo el título El Derecho penal ante la corrupción política y administrativa, sostuve el 21 de enero de 2003 en el seminario La corrupción, aspectos éticos, jurídicos y políticos, celebrado los días 20 y 21 de enero de 2003 en la Universidad de Alcalá (Alcalá de Henares, Madrid, España), organizado por el Área de Filosofía del Derecho de esa Universidad, bajo la dirección del Prof. Dr. D. Virgilio Zapatero y la coordinación del Prof. Dr. Jorge F. Malem Seña. La ponencia ha sido ampliada (especialmente con notas a pie de página).

1 Dejando aparte mis trabajos sobre cuestiones generales de especial incidencia en los delitos contra la función pública (como, por ejemplo, aquellos que versan sobre autoría y participación), me he ocupado de "delitos de funcionarios" (no todos necesariamente

bien no he eludido la valoración y crítica políticocriminal respecto de ellos, y de haber intervenido en relación con esos delitos en reuniones científicas, algunas de carácter estrictamente jurídicopenal y otras más amplias. Aunque el problema de la corrupción excede con mucho los límites del Derecho penal, procuraré mantenerme en la mayor medida posible en mi terreno, si bien tampoco dedicaré el trabajo a desarrollar un análisis dogmático detallado de uno o varios tipos penales. Por ello, renunciando a la exhaustividad en la explicación (y desde luego en la cita de autores), realizaré unas consideraciones previas y generales para centrar posteriormente mi exposición sobre todo en dos aspectos: por un lado, mencionaré sumariamente los principales tipos con que el Derecho penal español se enfrenta a los fenómenos de corrupción política y administrativa y expondré las líneas generales de los delitos contra la Administración pública del Código Penal (CP) español; por otro, intentaré demostrar, tomando como ejemplo diversas figuras de delito introducidas en 1991 y en 1995 en el CP, algunas insuficiencias y límites (si no efectos nocivos) de determinada utilización (anticipo, en buena medida simbólica) del Derecho penal en materia de corrupción.

### I. Observaciones generales

1. Parece que lo primero que se esperaría de quien quiere hablar de corrupción y Derecho penal es que defina qué es la corrupción. Sin embargo, es difícil intentar siquiera una definición atinada (y, más aún si se pretendiera precisa) que aporte algo más allá de las que ofrecen diversos especialistas en el estudio de la corrupción

---

relacionados con la corrupción) al menos en los siguientes trabajos: DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Falsedad imprudente en certificado médico de defunción*, en: La Ley 1986-2, 246 ss.; *¿Son punibles las falsedades imprudentes en documento público u oficial? Comentario a la STS 13 de diciembre de 1985. Ponente Sr. Moyna Ménguez*, en: Poder Judicial (PJ) 1 (1986), 85 ss.; *Inducción o autoría mediata en malversación impropia*, en: La Ley 1986-4, 521 ss.; *Autoridad y funcionario a efectos penales*, en: Enciclopedia Jurídica Básica (EJB) I, 1995, 710 s.; *Cohecho y malversación*, en: EJB I, 1995, 1086 ss.; *Falsificación de documentos*, en: EJB II, 1995, 3069 ss.; *El delito de cohecho*, en: ASUA BATARRITA (ed.): *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 161 ss.; *El delito de tráfico de influencias*, en: ASUA BATARRITA (ed.): *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 171 ss.; *Prólogo a Olaizola Nogales*, Inés: *El delito de cohecho*, 1999, 23 ss.; *La malversación por aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de organismos públicos (art. 434 CP). Un tipo desafortunado*, en: Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam (LH-Barbero), vol. II, 2001, 79 ss.; *Autoridad y funcionario a efectos penales*, en: Enciclopedia Penal Básica (EPB), 2002, 178 ss.; *Cohecho*, en: EPB, 2002, 256 ss.; *Delitos en el ejercicio de derechos y libertades*, en: EPB, 2002, 501 ss.; *Falsificación de documentos*, en: EPB, 2002, 721 ss.; *Malversación*, en: EPB, 2002, 903 ss.; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES: *La evolución legislativa del delito de tráfico de influencias*, en: Actualidad Jurídica Aranzadi (AJA) 223 (1995), 1 ss.; *La responsabilidad penal de los funcionarios. El Código Penal de 1995*, en: Auditoría Pública 6 (1996), 39 ss.; *Los delitos de funcionarios en el Código Penal de 1995: Aspectos generales y exposición de algunos delitos básicos*, en: Huarte de San Juan. Derecho/Zuzenbidea, 3-4 (1996-1997), 109 ss.

que, en muchos casos, se han ocupado amplia y detenidamente de la cuestión, y, además, entiendo que el sentido de mi trabajo tampoco hace imprescindible esa definición<sup>2</sup>. Lo mismo sucede con el deslinde de la corrupción de otras figuras afines o relacionadas<sup>3</sup> o con la exposición de las clases de corrupción<sup>4</sup>.

Baste decir aquí que el presente trabajo se refiere sobre todo a la respuesta penal ante conductas de los servidores públicos que se apartan del ejercicio correcto de las funciones que como tales tienen encomendadas, haciendo interferir intereses privados propios o de terceros incompatibles con o, al menos, distorsionadores de los intereses públicos a que se orientan aquellas funciones. La definición de

- 2 Sobre el concepto de corrupción (desde diversas perspectivas y con distinto alcance), por muchos y (en algunos casos) con ulteriores referencias, SABÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, 1991, 13 ss.; GARZÓN VALDÉS, *Acerca del concepto de corrupción*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 39 ss.; MALEM SEÑA, *El fenómeno de la corrupción*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 73 ss.; *Globalización, comercio internacional y corrupción*, 2000, 23 ss.; *La corrupción. Aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*, 2002, 21 ss., especialmente 32 ss.; ÁLVAREZ, *Reflexiones sobre la calificación moral del soborno*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 93 ss.; LÓPEZ CALERA, *Corrupción, ética y democracia. Nueve tesis sobre la corrupción política*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ, *La corrupción política*, 1997, 117 ss., especialmente 123 ss.; JIMÉNEZ DE PARGA, *La corrupción en la democracia*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 137 ss.; CORTINA, *Ética de la sociedad civil. ¿Un antídoto contra la corrupción?*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 266; LAMO DE ESPINOSA, *Corrupción política y ética económica*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 271 ss.; NIETO, *Corrupción en la España democrática*, 1997, 76 ss.; CUGAT MAURI, *La desviación del interés general y el tráfico de influencias*, 1997, 48 ss.; GONZÁLEZ, *Corrupción y Justicia Democrática. Introducción a una teoría de la función judicial en las sociedades en cambio*, 2000, 93 ss.; FABIÁN CAPARRÓS, *La corrupción política y económica: anotaciones para el desarrollo de su estudio*, en: FABIÁN CAPARRÓS (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, 2000, 17; *La corrupción de los servidores públicos extranjeros e internacionales (Anotaciones para un Derecho Penal Globalizado)*, en: FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración pública*, 2002 (vol. III de la serie *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*), 122 s.; DEMETRIO CRESPO, *Corrupción y delitos contra la Administración Pública*, en: FABIÁN CAPARRÓS (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, 2000, 67; *Consideraciones sobre la corrupción y los delitos contra la Administración Pública*, en: FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración pública*, 2002, 176 s.
- 3 Al respecto, por ejemplo, CACIAGLI, *Cientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, 1996, *passim*; MALEM, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 74 ss.; *Globalización*, 2000, 28 ss.; *La corrupción*, 2002, 23 ss.; GONZÁLEZ, *Corrupción*, 2000, 97, 100 s.
- 4 Sobre clases o tipologías de la corrupción, desde diversas perspectivas y sólo a modo de ejemplo, MALEM, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 81 ss.; *Globalización*, 31 ss.; *La corrupción*, 2002, 35 ss.; PRADERA, *La maquinaria de la democracia. Los partidos en el sistema político español*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ, *La corrupción política*, 1997, 169; NIETO, *Corrupción*, 1997, 63 ss., 112 ss.; GONZÁLEZ, *Corrupción*, 2000, 98 ss.; DEMETRIO CRESPO, en: FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración pública*, 2002, 177 s.

conductas corruptas que se encierra en esta delimitación del objeto de mi exposición es, frente a otras más estrictas, especialmente algunas, como las de GARZÓN VALDÉS<sup>5</sup>, intencionadamente amplia y vaga, pues, repito, entiendo que no se precisa más a los efectos del presente trabajo. Naturalmente, por la propia amplitud de esa definición cabe ya advertir que el Derecho penal ni puede ni debe intervenir ni interviene frente a cualquiera de esas conductas (a ello volveré más adelante). Pero se entiende fácilmente que en esa definición caben, por ejemplo, la mayoría de las conductas (si no todas) que, “sin ánimo exhaustivo”, LAPORTA<sup>6</sup> enumera como supuestos de corrupción: soborno, extorsión, arreglos, alteraciones fraudulentas del mercado, malversaciones y fraudes, especulación financiera con fondos públicos, parcialidad, colusión privada y uso de información privilegiada (sin que ello quiera decir que se produzca una perfecta traducción penal de esos supuestos); y caben desde luego más conductas (incluso con relevancia penal) que aquellas que el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, tras su reforma por Ley 10/1995, de 24 de abril, que crea la Fiscalía para la represión de los Delitos Económicos relacionados con la Corrupción (comúnmente conocida como Fiscalía Anticorrupción), encomienda en su art. 18 ter a la intervención directa de la misma en procesos penales de especial trascendencia, apreciada por el Fiscal General del Estado (si bien algunas de ellas no encajan en la amplia definición ofrecida, aunque tal vez podrían hacerlo en otras que incluyeran supuestos de corrupción no estrictamente pública), en relación a delitos contra la Hacienda Pública, contrabando y control de cambios, prevaricación, abuso o uso indebido de información privilegiada, malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, tráfico de influencias, cohecho, negociación prohibida a los funcionarios, delitos de los capítulos VI (defraudaciones), VII (insolvencias punibles) y VIII (alteración de precios en concursos y subastas públicas) del Título XIII del Libro II CP y delitos conexos con los anteriores<sup>7</sup>.

5 V. las definiciones a las que llega en forma progresiva GARZÓN VALDÉS, en: LAPORTA/ÁLVAREZ, *La corrupción política*, 1997, 47, 52, en las cuales se exigen dos partes y la existencia de un soborno o una extorsión, lo cual reduciría seguramente los delitos que encajan en esas definiciones de corrupción al cohecho, quizá a alguna figura de tráfico de influencias y poco más (con independencia de que la prestación final del funcionario público pudiera constituir además otra figura delictiva, como, sobre todo, aunque no sólo, la prevaricación).

6 LAPORTA, *La corrupción política: introducción general*, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 21 s.

7 V., como un ejemplo más, las conductas que recoge en sus arts. 2 ss. el Convenio penal del Consejo de Europa sobre corrupción.

Me centraré por tanto aquí en lo que podríamos llamar corrupción pública (no la desarrollada en el sector privado<sup>8</sup>), pero más en concreto en la política<sup>9</sup> y administrativa<sup>10</sup>, sin abordar, por ejemplo, supuestos de corrupción judicial<sup>11</sup> o procesal. Tampoco aludiré a fenómenos peculiares concretos como la corrupción que rodea a menudo la financiación de los partidos políticos (no necesariamente llevada a cabo por servidores públicos)<sup>12</sup>, los delitos electorales, el tráfico de información privilegiada, la corrupción policial, etc.<sup>13</sup> Y, desde luego, no entraré en el grave problema de las relaciones entre corrupción (no sólo política y administrativa) y delincuencia organizada<sup>14</sup>. Y, en lo que al Derecho positivo atañe, me referiré al español, lo cual supone, desde luego, una perspectiva limitada.

- 8 Que es objeto de atención en diversos países y en el Derecho internacional, si bien en el Derecho español no existen tipos penales específicamente dirigidos a combatirla. V. al respecto, con gran cantidad de información, los recientes trabajos de DE LA CUESTA ARZAMENDI/BLANCO CORDERO, *La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho penal español?*, en: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir* (LH-Cerezo), 2002, 257 ss.; NIETO MARTÍN, *La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)*, en: *Revista Penal* 10 (RP) (2002), 55 ss.
- 9 Aunque no entraré en la cuestión de cómo se exige responsabilidad penal a los gobernantes (en buena medida, pero no sólo, el problema del *Impeachment*, en el que es clásico el libro de BERGER, *Impeachment. The Constitutional Problems*, enlarged edition, 1974), tema, por cierto, sólo parcialmente relacionado con el de la corrupción. Al respecto, v., entre otros, L. M<sup>o</sup> DIEZ PICAZO, *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno* (Cuadernos y debates, Serie Minor 2, Centro de Estudios Constitucionales), 1996; *La criminalidad de los gobernantes*, 1996; OBREGÓN GARCÍA, *La responsabilidad criminal de los miembros del Gobierno: análisis del artículo 102 de la Constitución española*, 1996; GARCÍA MAHAMUT, *La responsabilidad penal de los miembros del Gobierno en la Constitución*, 2000; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, *La responsabilidad penal del Gobierno*, 2002; de próxima aparición, SEIJAS VILLADANGOS, *Responsabilidad jurídica del Gobierno y defensa de la Constitución* (en prensa, añadiendo el análisis del problema respecto de los gobernantes de Comunidades Autónomas).
- 10 Como señalé anteriormente, voy a tratar sobre todo de los delitos contra la Administración pública. Como no estoy manejando el concepto de corrupción de forma estricta, tampoco pretendo identificarla, evidentemente, con estos delitos, cosa que, como señala CUGAT, *La desviación*, 1997, 31 ss., no se debe hacer. Sobre esta faceta de la corrupción pueden verse trabajos muy recientes de diversos autores europeos en el ya citado volumen de FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración pública*, 2002.
- 11 Sobre ella, entre otros y con ulteriores referencias, MALEM, *La corrupción*, 2002, 145 ss.
- 12 Al respecto, entre otros y con ulteriores referencias, PRADERA, en: LAPORTA/ÁLVA-REZ, *La corrupción política*, 1997, 162 ss., 180 ss.; MALEM, *La corrupción*, 2002, 91 ss.
- 13 Por ejemplo, pueden verse otros aspectos jurídicoadministrativos y económicos de la corrupción en los trabajos de diversos autores en el volumen: FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, 2002 (vol. I de la serie *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*).
- 14 V., entre otros, CACIAGLI, *Clientelismo*, 1996, especialmente 93 ss.; GONZÁLEZ, *Corrupción*, 1996, 38 ss. Esta relación se manifiesta con especial claridad respecto de algunas

2. Basta echar un vistazo retrospectivo a lo sucedido en nuestro país y en otros de nuestro entorno (por no hablar de muchos más lejanos y menos desarrollados –aunque la relación entre corrupción y desarrollo debería matizarse mucho<sup>15</sup>–) sobre todo en la segunda mitad de la década de los 80 y en los 90, con muchos escándalos de corrupción política y administrativa notorios (y otros menos aireados, pero de frecuente –en algunos casos, cotidiana– producción, por ejemplo, en la Administración local), para comprender que éste es un problema importante, que preocupa y en el que el Derecho debe tomar medidas (así, en los últimos años se plantean en diversos países y en el plano internacional normas anticorrupción<sup>16</sup>), entre otras, penales, debiendo ajustarse estas últimas a los principios que deben regir el Derecho penal de un Estado de Derecho (legalidad, exclusiva protección

---

conductas antijurídicas o incluso delictivas, como el blanqueo de capitales (que, como es sabido, recibe múltiples denominaciones: blanqueo o lavado de dinero, bienes, activos, etc.). Al respecto, v., por ejemplo, los recientes trabajos que aparecen en FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Blanqueo de dinero y corrupción en el sistema bancario* (vol. II de la serie *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*), 2002.

- 15 Resumidamente y con ulteriores referencias, v. sólo FABIÁN CAPARRÓS, en: FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración pública*, 2002, 128 ss.
- 16 V. los múltiples casos de corrupción en España que se citan a lo largo de, entre otras, las obras de NIETO, *La organización del desgobierno*, 4ª ed., 1988 (2ª reimpr., 1993), y, sobre todo, *Corrupción*, 1997; ANDRÉS IBÁÑEZ, *Tangentopoli tiene traducción al castellano*, en: ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996, 100 ss. (con un menor número de casos citados, pero con un análisis muy interesante sobre todo de las “reveladoras reacciones en el plano político y político-legislativo” del recurso a la Administración de Justicia en conocidos casos de corrupción en nuestro país). Existen múltiples referencias a Italia, la *Tangentopoli*, su tratamiento y otros fenómenos relacionados con la corrupción en ese país también en español, como por ejemplo en los trabajos de importantes autores recogidos en ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*, 1996; CACIAGLI, *Clientelismo*, 1996, 51 ss. y *passim*. Referencias a Latinoamérica hallamos, por ejemplo, en SALAS, *La normativa y el papel del Ministerio Público y la Contraloría en la lucha contra la corrupción en la América Latina*, en: GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, 1997, 203 ss. Sobre iniciativas y normas anticorrupción en distintos países y en el Derecho internacional, v., entre otros, ASUA BATARRITA, *La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria*, en: ASUA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 14 s.; GONZÁLEZ, *Corrupción*, 2000, 48 ss., 315 ss.; MALEM, *Globalización*, 2000, 75 ss.; *La corrupción*, 2002, 186 ss.; FABIÁN CAPARRÓS (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, 2000, 87 ss. (Anexo I: selección documental); también resulta interesante para ampliar información la selección de *Recursos en la red sobre corrupción* que en ese mismo volumen, 79 ss., realiza SANTOS GARCÍA; CEREZO DOMÍNGUEZ, *La adaptación del sistema jurídico-penal español a las propuestas internacionales sobre corrupción administrativa*, en *Actualidad Penal (AP)* 2001-2, 453 ss. (con atención especial al tema anunciado en el título del trabajo); DEMETRIO CRESPO, en: FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración pública*, 2002, 178 ss.; HUBER, *La lucha contra la corrupción desde una perspectiva supranacional* (trad. de Ontiveros Alonso), en: *RP* 11 (2003), 41 ss.

de bienes jurídicos, fragmentariedad, subsidiariedad o carácter de *ultima ratio*, eficacia o idoneidad, proporcionalidad, culpabilidad, responsabilidad subjetiva, personal, etc.)<sup>17</sup>, varios de los cuales se han de tener muy en cuenta a la hora de deslindar ilícitos y responsabilidades administrativos y penales.

El que estos fenómenos se produzcan no es nuevo ni extraño, dada la intensa intervención de la Administración, los sueldos de cuyos funcionarios a menudo son bastante bajos, en la actividad económica (en sentido amplio), con fuertes posiciones y poderes, que hacen fácil el riesgo de presiones y acuerdos fuera de la ley con grandes beneficios económicos, que convierten a este sector un campo abonado para las "tentaciones"<sup>18</sup>. Pero, pese a todo, la visión actual no debe ser absolutamente pesimista, pues, contra lo que sucede aún en muchos países y sucedía en el nuestro en épocas no tan lejanas (como la dictadura franquista), aunque el fenómeno existe, los casos salen muchas veces a la luz pública (aquí los medios de comunicación desempeñan un importante papel<sup>19</sup>) y son juzgados en los Tribunales de justicia, además de crearse cada vez más resortes para el control de la correcta actividad política y administrativa. Aunque tampoco debe caerse en triunfalismos de pureza en la gestión en un Estado democrático, no sólo porque un cierto grado de corrupción existe y existirá siempre, sino también porque se observan ciertas derivas en la vida pública de diversos países occidentales que no suponen buenos

17 Sobre estos principios, v., por todos, LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal. Parte General I*, 1996, 80 ss.

18 Naturalmente, no se pretende que las citadas sean las únicas, ni tan siquiera las principales, causas de la corrupción. Sobre dichas causas, v., entre otros muchos y con ulteriores referencias, CACIAGLI, *Clientelismo*, 1996, 71 ss.; LAPORTA, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 24 ss.; GONZÁLEZ, *Corrupción*, 2000, 107 ss.; MALEM, *La corrupción*, 2002, 72 ss.

19 El tema de la relación entre medios de comunicación y corrupción es muy interesante, aunque aquí no puede abordarse. Téngase en cuenta, no obstante, que el papel que desempeñan los medios no es siempre el positivo que se acaba de sugerir en el texto, sino que a veces esos mismos medios (casi siempre por razones políticas o económicas que no sólo a ellos afectan) manipulan la información sobre la corrupción (los escándalos) con algunos resultados que también hemos conocido en España. Sobre medios de comunicación, opinión pública y corrupción, v., entre otros y con múltiples referencias a otros autores, NIETO, *Corrupción*, 1997, 247 ss.; JIMÉNEZ SÁNCHEZ, *Posibilidades y límites del escándalo político como una forma de control social*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 293 ss.; ARROYO MARTÍNEZ, *El escándalo político como fenómeno de los medios de comunicación*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 335 ss.; GONZÁLEZ, *Corrupción*, 2000, 179 ss.

augurios en cuanto a la erradicación de las prácticas corruptas<sup>20</sup>. Lo que debe procurarse es prevenir para que la corrupción sea mínima y que sea reprimida cuando se produzca, si bien, como enseguida se mencionará, ello no es tarea fácil.

3. De lo que no cabe ninguna duda es de que la corrupción es un fenómeno frontalmente opuesto a las bases del Estado de Derecho (aunque no es fácil decidir si es la corrupción lo que socava esas bases o es un previo desajuste de las mismas lo que genera corrupción: probablemente hay parte de las dos cosas) y que, por lo tanto, prevenir y erradicar la corrupción es algo básico para el Estado de Derecho<sup>21</sup>. Por tanto, las medidas anticorrupción resultan muy importantes para la salvaguarda del Estado de Derecho (si se prefiere, de una realización material medianamente satisfactoria de sus principios). Sería osado por mi parte intentar un análisis detallado de posibles medios para combatir la corrupción, cuando otros ya lo han llevado a cabo de un modo que yo no podría superar ni igualar aquí<sup>22</sup> y que ha demostrado que la erradicación o reducción a un mínimo de la corrupción es francamente difícil. Sin duda pueden citarse, entre otras, la alta

20 V. las referencias y la crítica severa a la actual situación italiana (con ilustrativas alusiones a la "empresa-partido" y a la "empresa-Gobierno") que realiza FERRAJOLI, *El estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad* (trad. de Andrés Ibáñez), en: ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción*, 1996, 15 ss. Aunque el caso italiano pueda presentarse como paradigmático, algunos de los rasgos que en él aparecen son perceptibles en otros Estados. Para España, aparte de esos rasgos, se puede citar algún intento (frustrado) de "ocupación empresarial" del poder político (y mediático), como el que (según muchos indicios) protagonizó Mario Conde (con diversos compañeros de viaje, de los cuales probablemente sólo se ha conocido una parte).

21 La cita de autores que señalan la oposición entre las bases del Estado de Derecho y la corrupción o la contribución de la lucha contra la corrupción a la defensa del Estado de Derecho es prácticamente ociosa por numerosa. V., a modo de ejemplo mínimo, desde diversas disciplinas jurídicas, TORIO LÓPEZ, *Delitos contra la Administración Pública. Indicaciones críticas generales*, en: Ensayos de Derecho Penal y Criminología en honor de Javier Piña y Palacios, México, 1985, 431 s.; ANDRÉS IBÁÑEZ, *Introducción*, en: ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho*, 1996, 9 ss.; FERRAJOLI, en: ANDRÉS IBÁÑEZ (ed.), *Corrupción y Estado de Derecho*, 1996, 15 ss. (en realidad, todo el volumen en que se encuadran los dos trabajos acabados de citar se refiere en alguna medida a la relación entre corrupción y Estado de Derecho, como lo indica su título: *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la jurisdicción*).

22 V., entre otros, NIETO, *Corrupción*, 2002, 203 ss.; GARZÓN VALDÉS, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 56 ss. (con un excelente repaso de pros y contras de cada posible medida y con ulteriores referencias); MALEM, *La corrupción*, 2002, 79 ss. Desde el punto de vista del principio penal de *ultima ratio*, estudia las "medidas pre-penales" contra la corrupción CUGAT, *La desviación*, 1997, 134 ss.; también desde la perspectiva de un penalista, refiere sobre todo medidas extrapenales FERRÉ OLIVÉ, *Corrupción y fraude de subvenciones*, en: FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, 2002, 20 ss.



profesionalización de los servidores públicos unida a unas retribuciones adecuadas de su trabajo, la dignificación y moralización de la actividad política<sup>23</sup>, el verdadero respeto a la división de poderes y el refuerzo de la Administración de Justicia con la profundización en la independencia judicial<sup>24</sup>, la instauración de mayor objetividad, publicidad y controles internos y externos de la actuación administrativa<sup>25</sup>, la formación general de una mentalidad y una moral de limpieza y respeto al bien común<sup>26</sup>, la reducción de las desigualdades económicas y sociales<sup>27</sup>, la cooperación internacional en diferentes ámbitos y niveles<sup>28</sup>, la existencia de un Derecho de calidad (no necesariamente de gran cantidad de normas y, desde luego, no necesariamente Derecho penal), etc.<sup>29</sup>

23 V., entre otros, LÓPEZ CALERA, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 117 ss., especialmente 123 ss.

24 Significativo es que en Italia existiera durante mucho tiempo, especialmente en los años cincuenta y sesenta del pasado siglo, entre la Magistratura y el poder político un "pacto de no beligerancia", en palabras de Silvestri, cit. por ZANCHETTA, *Tangentopoli entre perspectivas políticas y soluciones judiciales* (trad. de Andrés Ibáñez), en: ANDRÉS IBÁÑEZ, *Corrupción y Estado de Derecho*, 1996, 87. Nuevamente se pueden encontrar diferentes reflexiones sobre el papel de la jurisdicción (como reza la segunda parte de su título) en los diversos trabajos reunidos en el volumen en el que se halla el acabado de citar. V. también ANDRÉS IBÁÑEZ, *La corrupción en el banquillo. Jurisdicción penal y crisis del Estado de Derecho*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 211 ss.; AUGER, *La Justicia ante el fenómeno de la corrupción*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 235 ss.

25 Al respecto, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 1995, *passim*, con especial referencia a la corrupción en los sistemas democráticos en pp. 67 ss., subrayando la importancia de las medidas propuestas en el famoso Informe Nolan y la necesidad de generar confianza en lo público; SÁNCHEZ MORÓN, *La corrupción y los problemas del control de las Administraciones públicas*, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 189 ss.

26 V., por ejemplo, CORTINA, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 253 ss. De la importancia (entre otros factores) de la ética económica habla LAMO DE ESPINOSA, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 271 ss.

27 Así, por ejemplo, MALEM, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 89, entre otros lugares y con ulteriores referencias.

28 V., por ejemplo, los trabajos recogidos en: FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Cooperación policial y judicial en materia de delitos financieros, fraude y corrupción* (vol. IV de la serie *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*), 2002.

29 Parece que, dadas las múltiples facetas de la corrupción y las muy diversas medidas que se proponen para prevenirla, son muy convenientes en este campo los debates y estudios multidisciplinarios (sólo a modo de ejemplo, aparte de otros muchos, algunos de los cuales se están citando aquí, en perspectiva jurídica –de diversas ramas del Derecho– y económica, v. FABIÁN CAPARRÓS, coord., *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, 2002).

Pero, en definitiva, la mayoría de los autores que han estudiado en profundidad el problema coinciden en que es básica la profundización en los principios del Estado democrático de Derecho, de manera que éste sea una realidad material (en la que se contendrían desde luego ya algunos de los mecanismos citados anteriormente, si no todos) y no una mera declaración formal. Para evitar largas citas reiterativas que harían especialmente tediosa esta parte del trabajo, acudiré sólo a un pasaje especialmente claro y lúcido de uno de los máximos especialistas en la materia, GARZÓN VALDÉS<sup>30</sup>: "Los actos y actividades corruptos(as) son sólo la punta de un iceberg que indica la existencia de un problema mucho más profundo: el de la tendencia a sustituir el ideal de la cooperación democrática por formas de competencia y de imposición de influencias que contradicen radicalmente el ideal democrático. La alarmante difusión de la corrupción se debe no sólo al atractivo cada vez mayor de los beneficios extraposicionales, sino también al hecho de que la realización efectiva de la democracia representativa tropieza con obstáculos tan serios que cada vez es mayor también el número de quienes atribuyen carácter utópico al proyecto democrático de la modernidad. Por ello, la recuperación de la fe democrática y la puesta en práctica de propuestas que hagan posible la viabilidad de una convivencia en condiciones de equidad es el medio más seguro para evitar los efectos disolventes de la corrupción en una sociedad democrática" (y, entiendo yo, que la instauración de una verdadera democracia es el mejor antídoto contra la corrupción en los países que no gozan de ella en absoluto). Naturalmente, la concreción de tales propuestas supone el reto más difícil, y aquí no es posible abordarlo.

4. Sin duda alguna, en esta tarea debe desempeñar un papel importante el Derecho y también su rama extrema, el Derecho penal. No obstante el pesimismo que suscita entre muchos autores el recurso al Derecho penal para la prevención y la represión de la corrupción<sup>31</sup>, pesimismo (sólo) en cierta medida compartido aquí, como se verá, no cabe duda de que el Derecho penal, si no se lo utiliza como medio jurídico único o principal ni como instrumento (casi) simbólico o propagandístico, sino respetando sus principios y estudiando sus posibilidades de eficacia real, es un arma útil en la lucha contra la corrupción, sobre todo si se acompaña de una mentalidad social y judicial que entienda de la importancia de su aplicación en la prevención y represión del fenómeno (para lo cual, obviamente, tiene que tratarse de figuras penales "razonables"). No creo que haga falta apelar

30 GARZÓN VALDÉS, en: LAPORTA / ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 67.

31 V., a modo de ejemplo y entre autores no penalistas, SABÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, 1991, 68 ss.; NIETO, *Corrupción*, 1997, 115 ss., si bien no por igual respecto de las diferentes figuras penales (aunque la idea de fondo es que el Derecho penal, incluso cuando se le pueden reconocer buenas intenciones, choca con la realidad, no puede con ella).

a una demostración empírica para afirmar que, si no existieran los delitos de prevaricación, cohecho, malversación, etc. (especialmente los tipos más centrales y “clásicos”) que los Tribunales aplican con normalidad<sup>32</sup>, la corrupción política y administrativa aumentaría sensiblemente<sup>33</sup>. Por tanto, aunque mi postura en

32 Es verdad que algunos de esos tipos, como sucedió notablemente con la prevaricación e incluso el cohecho, no se aplicaron demasiado hasta tiempos relativamente recientes, como ponen de relieve penalistas y no penalistas; entre otros: OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La prevaricación del funcionario público*, 1980, con especial claridad en pp. 42 s. (OCTAVIO DE TOLEDO da incluso una cifra de las sentencias del Tribunal Supremo -TS- sobre prevaricación administrativa de 1870 a 1979: veinticinco; por otra parte, además de resaltar esta escasez de sentencias, “destacable, por contraste con la alta cifra negra de este delito”, llama la atención sobre “la pobreza doctrinal de las sentencias, su carácter rutinario y repetitivo y” el “hecho de estar referidas casi en su totalidad a los estratos más inferiores y, podría decirse, esencialmente rurales de la Administración”, añadiendo una posible explicación no simplificadora del porqué de todo ello); PRADERA, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 169, aunque en referencia al problema de la recaudación ilegal de fondos por los partidos, señalando cómo el CP no ha creado una figura nueva sino que los jueces han aplicado las antes dejadas de lado de prevaricación y cohecho; SÁNCHEZ MORÓN, en: LAPORTA/ÁLVAREZ (eds.), *La corrupción política*, 1997, 193. Esa falta de aplicación correspondía, según algunos, al hecho de que tales conductas no se contemplaban como gravemente dañosas para la sociedad. Sin negar que algo de razón pueda haber en esta explicación, entiendo que la misma debe ser muy matizada: si tal concepción existía en la sociedad (cosa no absolutamente clara), se debería, al menos en los años anteriores a la etapa democrática, fundamentalmente a la ética de la cosa pública que transmitía un régimen autoritario y profundamente corrupto como el franquista. Por ello, creo que no se debe confundir esta falta de aplicación con la que hoy sufren algunas de las “modernas” figuras penales anticorrupción, a las que me referiré extensamente más adelante, aunque no se puedan excluir del todo en algunos casos factores (que de todas formas no serían los esenciales) de falta de sentimiento o percepción de la dañosidad social para la explicación de tal inaplicación. También en relación con el delito de prevaricación judicial GARCÍA ARÁN, *Prólogo a Cugat Mauri, Miriam: La desviación*, 1997, 22, señalaba que cuando en 1989 trabajó sobre el tema (G. ARÁN, *La prevaricación judicial*, 1990), sólo pudo encontrar una sentencia relativamente reciente y era absolutoria, mientras que pocos meses antes de escribir el citado prólogo el Tribunal Supremo había condenado por prevaricación a un conocido Magistrado que además estaba en prisión provisional en espera de un juicio por cohecho, aparte de que cada vez es más frecuente ver a personajes famosos y poderosos sentados en el banquillo por irregularidades bancarias.

33 En el sentido de poner de manifiesto los límites del Derecho penal en la materia, pero a la vez lo imprescindible de la reacción del ordenamiento jurídico (se entiende que también el penal) frente a la corrupción, de manera muy concisa y clara GARCÍA ARÁN, *Prólogo a Cugat Mauri: La desviación*, 1997, 22. En relación con los “clásicos” delitos de prevaricación y cohecho, señala MALEM, *La corrupción*, 2002, 50, que “resulta difícil, si no imposible, entender un estado moderno que cumpla eficazmente con sus funciones sin estas dos modalidades punitivas”. Recientemente parece bastante pesimista sobre la eficacia de las figuras de cohecho, existentes en prácticamente todas las legislaciones, FERRÉ OLIVÉ, en: FERRÉ (ed.), *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, 2002, 20, por las peculiaridades del Derecho penal económico y las dificultades probatorias derivadas de los fenómenos de la globalización y la criminalidad organizada (hay que tener en cuenta que esta cita de FERRÉ se enmarca en un trabajo más amplio, referido

relación con las posibilidades del Derecho penal en la lucha contra la corrupción va a ser en buena medida de escepticismo (que intentaré apoyar en datos reales), no deben confundirse mis críticas con una apelación a la retirada del Derecho penal de la batalla contra la corrupción, sino que deben entenderse más bien en el sentido de la defensa de la utilización de normas penales con tipos técnicamente correctos, políticocriminalmente fundados, respetuosos con los principios básicos del Derecho penal y con posibilidades de aplicación real eficaz<sup>34</sup>. Y para que quede claro, además, que no es suficiente la crítica a algunos preceptos legales que se realizará sobre todo en la última parte del presente trabajo, manifiesto aquí mi acuerdo con CUGAT MAURI<sup>35</sup> y GARCÍA ARÁN<sup>36</sup>, cuando, en palabras de esta última, señalan que “debemos dar por superada” (yo diría más bien: no debemos conformarnos con) “la fase de la denuncia del oportunismo legal y de la ineficacia de las leyes penales, para centrarnos en lo que también nos es exigible a los juristas: la elaboración conceptual y la labor interpretativa dirigida a facilitar a los Jueces instrumentos de aplicación de las leyes que permitan superar la exclusiva función simbólica que pudieran tener” (aunque, como se verá, ello no es siempre fácil). A esta tarea he dedicado gran parte de mis trabajos sobre delitos contra la Administración pública<sup>37</sup>.

## II. Los delitos relacionados con la corrupción, en especial los delitos contra la Administración pública<sup>38</sup> (y una breve mención al “cohecho (activo) internacional”)

1. El bloque de delitos de autoridades o funcionarios (aunque no en todos ellos el autor sea una autoridad o un funcionario –en el sentido penal, no siempre exento

---

sobre todo a formas de corrupción económica “globales”, por así decirlo, y, más en concreto, a los fraudes de subvenciones, por lo que creo que tampoco deben tomarse como un rechazo a la existencia de los delitos de cohecho, sino más bien como una apelación a la necesidad de otras fórmulas, especialmente extrapenales –en buena medida prepenales– para hacer frente con mayor eficacia a la estos fenómenos de corrupción, es decir, no como un rechazo, sino como una relativización de la eficacia de las medidas penales, incluidas las más clásicas).

34 Ya he expresado esta idea de una u otra manera en diversos trabajos; v. solamente DÍAZ Y GARCÍA/OLAIZOLA, *Huarte de San Juan. Derecho/Zuzenbidea*, 3-4 (1996-1997), 142 s.

35 CUGAT, *La desviación*, 1997, 166.

36 G. ARÁN, *Prólogo a Cugat Mauri: La desviación*, 1997, 22; en similar sentido, *Los delitos de tráfico de influencias en el Código Penal de 1995*, en: MUÑOZ CONDE (dir.), *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, 1997, 90.

37 V. *supra* n. 1.

38 Gran parte de las observaciones de este apartado se hallaban ya en DÍAZ Y GARCÍA/OLAIZOLA, *Auditoría Pública* 6, 1996, 40 s.; *Huarte de San Juan. Derecho/Zuzenbidea* 3-4 (1996-1997), 110 ss.

de problemas, del art. 24 CP<sup>39</sup>- o asimilado) que aquí más nos interesa es el de los "Delitos contra la Administración pública" (Título XIX del Libro II, arts. 404 a 445 CP), que comprende los delitos de prevaricación de funcionarios públicos y otros comportamientos injustos, abandono de destino y omisión del deber de perseguir delitos, desobediencia y denegación de auxilio, infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos, cohecho, tráfico de influencias, malversación, fraudes y exacciones ilegales, y negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios y abusos en el ejercicio de su función. No todos ellos encajarían en conceptos estrictos de corrupción, pero sí se orientan todos a prevenir de modo más o menos directo la corrupción en un sentido más amplio, al que ya he aludido.

Otro gran grupo de delitos de funcionarios son los cometidos por éstos "contra las garantías constitucionales" (Capítulo V del Título XXI -"Delitos contra la Constitución"- del Libro II, arts. 529 a 542 CP), encontrándose además a lo largo del CP otras figuras específicas de delitos cuyo autor es una autoridad o un funcionario público: así, sin perjuicio de alguna posible omisión, dentro del también dentro del Título XXI citado, aunque en otros capítulos, los delitos de los arts. 499 y 500 (entre los delitos contra las Instituciones del Estado) y 506 a 509 (usurpación de atribuciones), y, fuera de él, la tortura y otros delitos contra la integridad moral de los arts. 174 a 177 CP, las llamadas en terminología discutida "prevaricaciones especiales o específicas" en materia de delitos urbanísticos (art. 320 CP), contra el patrimonio histórico (art. 322 CP) y contra el medio ambiente (art. 329 CP), a las que me referiré más adelante por su especial vinculación con la corrupción, y las falsedades documentales de los arts. 390, 391, 394.1 y 398 CP.

Por otro lado, se encuentran cualificaciones de delitos comunes cuando son cometidos por autoridades o funcionarios (acabándose por cierto con toda sombra de aparente privilegio para el funcionario, presente a veces en el CP de 1944/1973), como sucede, por citar tres ejemplos, en el art. 167 CP en relación con las detenciones ilegales (mientras no medie causa penal por delito), en el art. 198 CP en relación con las conductas de descubrimiento y revelación del artículo anterior, y en el art. 204 CP en relación con el allanamiento de morada (en otros casos la cualificación consiste en añadir una pena de inhabilitación si el hecho es cometido por autoridad o funcionario público -así en la receptación y el blanqueo de bienes: art. 303 CP, y en los delitos contra la salud pública: art. 172 CP-, pena ésta que suele acompañar a los delitos cometidos por autoridad o funcionario<sup>40</sup>, aunque

39 Al respecto, resumidamente, por muchos, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *EPB*, 2002, 178 ss.

40 Sobre las penas de inhabilitación y suspensión y sobre la agravante genérica que enseña se mencionará, v. simplemente OLAIZOLA NOGALES, *Previsiones específicas en materia de penalidad. Inhabilitación y suspensión. La agravación genérica de prevalimiento del cargo*, en: ASUA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 85 ss.

en algún caso esta pena no se establece, quizá por descuido del legislador, como sucede en el delito de atentado cualificado por el prevalimiento de la condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público del art. 552.2ª CP). Ciertas conductas delictivas de algunos funcionarios de la Administración de Justicia (y algún otro) se recogen en tipos específicos dentro de los "Delitos contra la Administración de Justicia" (Título XX del Libro II, arts. 446 a 471 CP; v. concretamente el Capítulo primero y los arts. 461.3, 463.2 y 3, 466.2 y 471 CP). Subsiste además la circunstancia agravante genérica de "prevalerse del carácter público que tenga el culpable" (art. 22.7ª CP)<sup>41</sup>. Por otra parte, en algunos casos, para disminuir los efectos de la corrupción y facilitar el descubrimiento de actos corruptos, el CP, más allá de las circunstancias atenuantes genéricas de confesión y reparación del daño (art. 21.4ª y 5ª), contiene ciertas previsiones que podríamos calificar de premiales, como sucede, con determinados requisitos y no en todo caso, con exención de pena por la denuncia de los hechos en ciertos supuestos de cohecho activo (art. 427)<sup>42</sup> y (con menor claridad) la rebaja de pena respecto de las del art. 432 en los supuestos de restitución en la malversación, conforme al art. 433<sup>43 44</sup>.

41 Fuera del CP, en la legislación penal especial, encontramos algunos otros delitos de autoridades y funcionarios, como, por ejemplo, delitos electorales. Por supuesto, si habláramos de distintos tipos de corrupción y de corrupción en un sentido muy amplio, se podrían mencionar también las falsedades documentales, el uso y transmisión de información privilegiada o reservada, algunos delitos societarios, el blanqueo de bienes, incluso algunos supuestos de tráfico de drogas, contrabando de armas y otros materiales, otros supuestos especialmente cercanos a la delincuencia organizada, etc.

42 Sobre esta figura, v. nuestra opinión en DÍAZ Y GARCÍA/OLAIZOLA, *Auditoría Pública* 6, 1996, 45 s.; Huarte de San Juan. *Derecho/Zuzenbidea* 3-4 (1996-1997), 122 s.; DÍAZ Y GARCÍA, en: ASUA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 168 s.; EPB, 2002, 263 s.; OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, 1999, 411 ss. (ampliamente y con ulteriores referencias).

43 Las opiniones sobre la naturaleza de los efectos de esta restitución sobre la pena son diversas (en buena medida por la propia configuración legal, poco clara, de la misma). V. mi opinión en DÍAZ Y GARCÍA, EPB, 2002, 909 s.

44 En materia de reparación del daño, aunque esta vez en sentido negativo para quien no repare, en el Anteproyecto de Ley Orgánica de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas que recientemente ha presentado el Gobierno se introduce una modificación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, en virtud de la cual "la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento requerirá, además de los requisitos previstos por el Código penal, que el penado haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito, considerando a tales efectos la conducta efectivamente observada en orden a restituir lo sustraído, reparar el daño e indemnizar los perjuicios materiales y morales; las condiciones personales y patrimoniales del culpable, a efectos de valorar su capacidad real presente y futura para satisfacer la responsabilidad civil que le correspondiera; las garantías que permitan asegurar la satisfacción futura; la estimación del enriquecimiento que el culpable hubiera obtenido por la comisión del delito y en su caso, el daño o entorpecimiento producido al servicio público, así como la naturaleza de los daños y perjuicios causados por el delito, el número de perjudicados y su condición",

Como queda dicho, aquí nos centraremos en los delitos contra la Administración pública (y, más adelante, por su proximidad, en las ya citadas "prevaricaciones especiales o específicas"). Nos interesa referirnos brevemente a algunas cuestiones generales de estos delitos.

2. Pero antes realizaré, por su relación con la corrupción, una somera mención de una nueva figura de nuestro CP, que podríamos denominar "cohecho (activo) internacional". Esta figura es similar a la de otras legislaciones. No expondré ni trataré sin embargo ninguna de las normas internacionales o de diversos países que contienen figuras semejantes, sino que sólo aludiré brevemente a la regulación española<sup>45</sup> y haré unas someras reflexiones sobre las posibilidades del precepto en la lucha contra la corrupción.

Por Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, se introduce en el CP español un nuevo Título XIX bis, que lleva por rúbrica: "De los delitos de corrupción en las transac-

---

estableciéndose que "singularmente, se aplicará esta norma cuando el interno hubiera sido condenado por la comisión de alguno de los siguientes delitos: ... Delitos contra la Administración Pública comprendidos en los Capítulos V al IX del Título XIX del Libro II del Código Penal". En el CP vigente, una condición de la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad inferior a dos años es "que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a las mismas" (art. 81.3ª) y, en materia de sustitución de penas privativas de libertad inferiores al año (o, excepcionalmente, a los dos años), el juez o tribunal puede acordarla "... cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo por reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales ..." (art. 88.1). Por otro lado, en materia de consecuencias accesorias, señalaré aquí que el art. 431 CP prevé el decomiso de las dádivas, presentes o regalos en los supuestos de cohecho y tráfico de influencias, y el art. 430 CP, para el supuesto de tráfico de influencias que tipifica, otorga al juez la posibilidad de "imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años".

45 La bibliografía española sobre el precepto es todavía escasa. Al margen de las explicaciones en obras generales (manuales, tratados, cursos, comentarios, etc.), puede verse CEREZO DOMÍNGUEZ, *AP* 2001-2, 461, 463, 469 s.; OLAIZOLA NOGALES, *Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, en: EPB, 2002, 476 ss.; DEMETRIO CRESPO, en: FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración pública*, 2002, 183 s. También, aunque no centrado sólo en la regulación española, muy recientemente, FABIÁN CAPARRÓS, en: FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración pública*, 2002, 121 ss. Para una consideración general, con múltiples referencias bibliográficas y normativas, de esta importante forma de corrupción, puede verse el trabajo más amplio y fundado que sobre ella se ha publicado en España, que es el de MALEM, *Globalización*, 2000 (más resumido, del mismo autor, *La corrupción*, 2002, 173 ss.), quien menciona la existencia del precepto español, pero no se ocupa específicamente de él [también menciona el precepto en un contexto que interesa a los efectos de esta exposición, pero sin detenerse

ciones comerciales internacionales” y que incluye un único artículo, el 445 bis, con el siguiente tenor: “Los que, con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales en el ejercicio de su cargo en beneficio de éstos o de un tercero, o atendieren a sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados con las penas previstas en el artículo 423, en sus respectivos casos” (el art. 423 CP tipifica los supuestos de cohecho activo<sup>46</sup>). La introducción de este tipo se debe al compromiso internacional adquirido por España en el Convenio de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) de lucha contra la corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, firmado en París el 17 de diciembre de 1997, que España ratificó el 14 de enero de 2000 (es decir, inmediatamente después de la entrada en vigor del nuevo precepto del CP). El Convenio tiene precedentes en instrumentos parciales de la propia OCDE y en normas de distintos países, de las cuales, al parecer, la primera fue la Ley estadounidense de 1977 (*Foreign Corrupt Practices Act*, de escasa aplicación y cuyos efectos preventivos, aunque ello es difícil de precisar, parecen también escasos). La redacción un tanto confusa del precepto se debe seguramente en buena medida a que se toma (aunque no completamente) de textos no penales.

Parece claro que el bien jurídico protegido no es, como en los delitos contra la Administración pública (enseguida me referiré a esta cuestión), el correcto funcionamiento de la Administración pública española o el correcto ejercicio de la función pública en España, aunque hay quien defiende que se protege el correcto funcionamiento de la Administración pública de organizaciones internacionales y de países extranjeros. Ciertamente, esto, sin pretender aquí un rechazo frontal de la idea, produce extrañeza, sobre todo en lo que a las Administraciones públicas extranjeras se refiere, pues, al menos hasta ahora, parece que lo Derechos nacio-

---

en sus pormenores, FERRÉ OLIVÉ, en: FERRÉ (ed.), *Fraude de subvenciones comunitarias y corrupción*, 2002, 18 s.). En lo que sigue, por tratarse de consideraciones muy generales, omitiré toda cita. Que yo sepa, no existe jurisprudencia sobre el precepto.

- 46 Art. 423 CP: “1. Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper a las autoridades o funcionarios públicos serán castigados con las mismas penas de prisión y multa que éstos. / 2. Los que atendieren las solicitudes de las autoridades o funcionarios públicos, serán castigados con la pena inferior en grado a la prevista en el apartado anterior”. Sobre el cohecho activo, resumidamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ASUA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 167 ss.; *EPB*, 2002, 262 ss.



nales no protegían bienes colectivos que afectaban solamente a otros Estados. Por ello, es lógico que se piense en otra clase de intereses relacionados con la correcta ejecución del comercio internacional y la no potenciación de la corrupción, intereses que serían comunes a los diferentes Estados en un mundo y una economía cada vez más globalizados (mayores concreciones son aquí imposibles). Es verdad que con ello se estaría protegiendo también el correcto funcionamiento de las Administraciones públicas extranjeras e internacionales, pero dentro del marco señalado (no en cualquier faceta de la Administración) y de una forma un tanto distinta a como se hace respecto de la española, como lo demuestra, por ejemplo, el hecho lógico de que no se sancione el cohecho pasivo (que normalmente, al menos en el caso de funcionarios extranjeros, se castigará –como mínimo, sobre el papel– en su respectivo país). La idea de fondo es que los inversores o empresarios (en sentido muy genérico) sobre los que tiene (teórico) control cada país (en nuestro caso, España) no contribuyan, en el ámbito del comercio internacional, a la corrupción de funcionarios de Administraciones ajenas, “porque a todos nos va algo en ello” (y, claro, por las frecuentes dificultades de persecución en el país “de destino”).

Por lo demás, no es posible adentrarse aquí en un análisis de los interesantes problemas interpretativos y de aplicación de muy diversa índole que plantea este precepto, que comparte rasgos con los delitos contra la Administración pública, como su carácter exclusivamente doloso, y, en especial, con el de cohecho activo del art. 423 CP (a cuyas penas remite), como el de diferenciar (en virtud de la citada remisión) la sanción del particular que corrompe o intenta corromper a la autoridad o funcionario de la del que se limita a atender las solicitudes de los mismos y (por la misma razón, que, por cierto, hace superflua, si no perturbadora, la referencia a “con el fin de que actúen o se abstengan de actuar ...”) prever diferentes sanciones según que el hecho de la autoridad o funcionario a que se ordena la corrupción, el intento de ella o la aceptación de la solicitud sea un hecho delictivo, un acto injusto relativo al ejercicio del cargo y que no constituya delito o la abstención de un acto debido en el ejercicio del cargo<sup>47</sup>.

47 Todo ello como consecuencia de que el art. 423 CP, al que remite el precepto que analizamos, establece a su vez las penas de prisión y multa conforme a las que correspondan al funcionario (español, claro, en el caso del art. 423, lo que, por cierto, plantea un cierto problema –no irresoluble– en el caso aquí analizado, al tratarse de funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales), que son las que se establecen en los arts. 419, 420 y 421 CP, en que se contienen las diversas figuras de cohecho pasivo propio (hay que excluir, por razones que aquí no pueden desarrollarse, tanto en el art. 423 como en el 445 bis, la sanción de cohechos activos correspondientes a cohechos pasivos impropios o subsiguientes, sin perjuicio del resultado de un análisis más a fondo del posible castigo del particular conforme a las reglas de la participación en el delito de la autoridad o funcionario, que, además, podría llevar a consecuencias diferentes según se trate de funcionario español o extranjero o internacional).

En cuanto a las posibilidades de éxito de este precepto en la prevención y la represión de esta grave forma de corrupción, sólo cabe hacer pronósticos, pues el tiempo de su vigencia aún es breve. Sin embargo, diversos datos inclinan a ser pesimistas. Sin entrar en todos los argumentos que ofrecen los expertos en la materia, parece que las experiencias de los países con normas similares no son muy alentadoras. Por otro la realidad (que expongo de forma muy simplificada y general, quizá incluso caricaturesca, a continuación) de las empresas y los países inversores y de los que reciben la inversión con la forma de corrupción señalada parece indicar que no hay motivo para esperar grandes éxitos. Pues en los países (casi siempre en desarrollo) que reciben la inversión suele existir una cultura de corrupción en grandes capas de autoridades y funcionarios que piden la "paga extraordinaria" en el negocio o, como mínimo, están dispuestas a escuchar las "ofertas" de los diversos "postores" y elegir las más "convenientes" (no para el interés general, claro). Las empresas inversoras consideran un coste más de la inversión el "engrase" de esas autoridades y suelen entender que compensa el pago a cambio de garantizarse una inversión beneficiosa que no podrían llevar a cabo sin ceder a la extorsión o realizar la "oferta extraordinaria". Y los responsables de perseguir estos hechos en los países origen de la inversión poseen a menudo pocos medios de información y prueba de lo que realmente sucede (desde luego, la empresa no va a denunciarse y las autoridades o funcionarios del país de destino de la inversión a menudo tampoco la van a denunciar –ni perseguir, naturalmente–), existen dificultades (que aquí no pueden detallarse, como queda dicho) de interpretación y aplicación del precepto de la clase que nos ocupa, debiendo tenerse en cuenta además que las propias empresas constituyen a menudo un pilar importante de la economía del propio Estado y, por tanto, en ocasiones son intocables, si es que ciertas autoridades y funcionarios de este país de origen no tienen intereses (personales económicos) importantes en ellas, lo que es bastante frecuente.

Por tanto, sin negar la buena intención de preceptos como el que analizamos, parece que se trata más bien de tímidas declaraciones de principios e intenciones sobre un problema importante de corrupción, cuando no de Derecho penal simbólico (en el peor sentido). Sin embargo, apostaremos aquí por la hipótesis más beneficiosa, la primera, y desearemos una mayor eficacia futura de estas medidas. No obstante, en una economía globalizada como la actual, quizá haya que pensar en medidas menos individuales que las de cada Estado (aunque hay que reconocer que, si se toman en serio, medidas como la del precepto español que nos ocupa, son más que de Estados individuales, pues, como indica su origen en un convenio internacional, pretenden la suma coordinada de medidas así de múltiples Estados) y tender también a soluciones más globales. Pero, sea como sea, creo que aquí lo fundamental es nuevamente un cambio de mentalidad en la ética de los negocios,

entendiendo que todos nos vemos afectados negativamente por el fenómeno de corrupción señalado, y la educación y creencia general en las bondades de un Estado democrático de Derecho real, no sólo para el ámbito más cercano, sino para todos los países. Si conseguir la profundización en el Estado democrático de Derecho (y podríamos añadir, de cierto bienestar, lo cual suele ir estrechamente unido) dentro de cada país que lo tiene declarado formalmente y desarrollado en cierto grado materialmente resulta a menudo una tarea ardua, cuánto más lo será llevar esta idea a sociedades a las que todavía les es más ajena y, sobre todo, hacer comprender a aquellas que gozan en alguna medida de ese Estado que una globalización sensata supone la extensión general del mismo y no precisamente el mantenimiento del propio a costa de dañar las posibilidades de que otros lo alcancen (aunque sea en grado imperfecto). Sin embargo, no está claro que ése sea el camino de la actual globalización, por más que se maquille con algunas normas bienintencionadas (en el mejor de los casos), que ojalá algún día sean más que eso.

3. Volviendo al análisis de los delitos contra la Administración pública, en primer lugar, conviene mencionar, aunque sea muy simplificada, el bien jurídico al que afectan y que los tipos penales pretenden proteger. Frente a una concepción que entendía que el bien jurídico protegido en estos delitos era el cumplimiento del deber del cargo o servicio del funcionario con la Administración (lo esencial es la relación funcionario-Administración), hoy hay que reivindicar, en mi opinión, coincidente con la prácticamente toda la doctrina<sup>48</sup>, una concepción del

48 Existen numerosos matices, pero se coincide en la idea básica. V., entre otros muchos y con ulteriores referencias, ASUA BATARRITA, en: ASUA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 18 ss.; CUGAT, *La desviación*, 1997, 57 ss.; GONZÁLEZ CUSSAC, *La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995: La prevaricación*, en: *Los delitos de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, Cuadernos de Derecho Judicial (CDJ) 1996-XXX, 16 ss.; *El delito de prevaricación de autoridades y funcionarios públicos*, 2ª, 1997, 19 ss.; OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, 1999, 37 ss., 77 ss.; DEMETRIO CRESPO, en: FABIÁN CAPARRÓS (coord.), *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, 2000, 69 ss.; en: FERRÉ OLIVÉ (ed.), *Fraude y corrupción en la Administración pública*, 2002, 184 ss.; REBOLLO VARGAS, *Notas y consecuencias de una lectura constitucional del bien jurídico protegido en el T. XIX, L. II. del Código Penal español (Delitos contra la Administración Pública)*, en: LH-Barbero, II, 2001, 551 ss. Ya antes de la entrada en vigor del CP 1995, diversas voces en la doctrina criticaban la antigua concepción de la infracción de deber (que no debe confundirse con la que, en materia de autoría, propuso, con bastante éxito, para ciertos delitos ROXIN, a la que me referiré más adelante); v., por todos, OCTAVIO DE TOLEDO, *La prevaricación*, 1980, 133 ss., (muy ampliamente y, en mi opinión, con influencia decisiva en el desarrollo doctrinal y legal posterior, por mucho que no sea pacífica en la doctrina la configuración del bien jurídico que apunta –aunque sobre todo cree que no puede encontrarse un bien jurídico común–), 297 ss. (en concreto sobre el bien jurídico afectado por el delito de prevaricación de funcionario); GARCÍA ARÁN, *La prevaricación judicial*, 1990, 23 ss.; VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, 1995, 25 ss.

bien jurídico (supraindividual y funcional) que contemple éste (utilizando una expresión amplia y vaga que aquí no es posible matizar) como el correcto o buen funcionamiento de la Administración pública (en sentido amplio o, si se prefiere, y otras actividades públicas) o el correcto ejercicio de la función pública, entendido como la imparcialidad, legalidad, objetividad, eficacia y sumisión al Derecho, o atención a los intereses generales de la sociedad en la actuación administrativa (aquí lo fundamental es la relación entre Administración o función pública y ciudadanos o administrados, aunque es normal que, cuando exista delito, se produzca la infracción de un deber funcional), en conexión con lo establecido por los arts. 103 y 106 de la Constitución española (CE). La prevención y represión de la mera infracción de deberes funcionariales sin especial trascendencia en el bien jurídico mencionado debe quedar en el ámbito del Derecho administrativo disciplinario. Esta concepción del bien jurídico, que no estaba clara en el CP de 1944/1973, parece que es la que ha querido impregnar los delitos contra la Administración pública en el vigente CP de 1995, como lo indicarían, entre otros datos, el cambio de rúbrica ("Delitos contra la Administración pública"<sup>49</sup>) frente a la de "Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos", que utilizaba el CP derogado -si bien este dato no es fundamental, pues admite interpretaciones diversas- o la desaparición de algunos tipos, como los de los

49 Si bien se muestra crítico con la rúbrica (con razones desde luego dignas de consideración) un autor tan competente en la materia como OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal de 1995*, en: M. CONDE (dir.), *Los delitos contra la Administración Pública*, 1997, 52 ss., especialmente 56 s. (el trabajo, ampliado con notas y bajo el título *El delito de prevaricación de los funcionarios públicos en el Código Penal*, aparece también en La Ley 1996-5, 1513 ss.; en lo que aquí se cita, 1515 ss., especialmente 1517); habla también de "los (mal) llamados 'delitos contra la Administración pública'" en *Los delitos relativos al tráfico de influencias*, en: La Ley 1998-5, 1514, y tacha de "inadmisible" la rúbrica en: *Derecho penal, poderes públicos y negocios (con especial referencia a los delitos de cohecho)*, en: *El nuevo Código Penal. Presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Angel Torío López (LH-Torio)*, 1999, 866, explicando a continuación el porqué de su inadmisibilidad (por cierto, especialmente claro es en el último trabajo citado, 872 s., al rechazar la concepción del bien jurídico en el delito de cohecho como la imparcialidad en el ejercicio de la función pública, por no verse afectado éste en varios tipos de cohecho y por ser aplicables los tipos de cohecho -y otros de los rubricados por el CP como contra la Administración pública- no sólo a funcionarios administrativos, sino también a jueces, fiscales y parlamentarios, afectando a cada categoría de manera diversa la exigencia de imparcialidad, que, de todas formas, sólo para la Administración pública derivaría del art. 103 CE; es, obviamente, imposible entrar aquí en la valoración de esta interesante opinión y de los matices que comporta respecto de lo señalado en el texto). Aunque sin llegar tan lejos, introduce matizaciones acerca de lo positivo del cambio de rúbrica OLAIZOLA, *El delito de cohecho*, 1999, 79; hemos señalado, como aquí, que el dato del cambio de rúbrica es indiciario del giro en la concepción del bien jurídico por parte del legislador, pero no fundamental, en DÍAZ Y GARCÍA/OLAIZOLA, *Auditoría Pública* 6 (1996), 41; Huarte de San Juan. *Derecho/Zuzenbidea* 3-4 (1996-1997), 111.

arts. 372, párrafo primero, 379 y 398 CP 1944/1973, cuyo contenido era más el de meras desobediencias administrativas que el de graves conductas atentatorias contra un bien jurídico importante (y en los que no se justificaba por tanto la intervención del Derecho penal).

En la interpretación y aplicación de los tipos de delitos contra la Administración pública es muy importante tener presente la concepción señalada del bien jurídico, para excluir de ellos, en la medida de lo posible, las conductas que, pese a poder tener cabida en su tenor literal, no afecten o afecten sólo de forma insignificante al bien jurídico señalado, y para proponer la reforma o supresión de los tipos cuya configuración o existencia no se justifique por la protección del bien jurídico a que nos estamos refiriendo.

En definitiva, se trata de que la Administración sirva a intereses generales y no particulares, intereses de los cuales los funcionarios actuarían como garantes "desde dentro", observando los fines y procedimientos a que ha de ir dirigida su actuación.

En cualquier caso, la concreción del bien jurídico que se protege mediante los diferentes tipos penales requiere un análisis detallado de los mismos que aquí no es posible.

4. Por otro lado, como notas generales de los delitos contra la Administración pública en el vigente CP, cabe además señalar:

a) Una cierta tendencia a la simplificación de las figuras frente a las del CP 1944/73, que estuvo en vigor hasta finales de mayo de 1996 (si bien en ocasiones se producen complicaciones añadidas).

b) Una clara destipificación de las conductas imprudentes (y con ello una restricción de la responsabilidad penal de los funcionarios), dentro del nuevo sistema establecido por el actual CP de incriminación selectiva y restrictiva caso por caso de los delitos y faltas imprudentes (art. 12 CP), de manera que no se encuentran en este ámbito delitos imprudentes (todos exigen dolo: conocimiento y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo)<sup>50</sup>. Esta característica es muy impor-

50 Me refiero a los delitos contra la Administración Pública, pues sí existen otros delitos imprudentes "de autoridades o funcionarios", pudiendo citarse como significativos uno de los supuestos de falsedades documentales de funcionario (art. 391 CP) y, por la trascendencia del supuesto, dentro de los delitos de funcionarios contra las garantías constitucionales, la privación de libertad o sometimiento o prolongación ilícitos de la incomunicación, mediando causa por delito (art. 532 CP), en ambos casos con exigencia de imprudencia grave. Por tanto, debe entenderse como un lapsus el que MALEM, La

tante, pues, además de separar de la corrupción la negligencia, debería aplacar el “temor” de ciertos funcionarios a incurrir en la comisión de delitos, puesto que ningún mero “descuido”, por grave que sea, en el ejercicio de su función (salvo en el terreno de las falsedades documentales y en el de la privación de libertad y el sometimiento ilícito a incomunicación) les va a acarrear responsabilidad penal (sin perjuicio de que sí pueda haberla de otro orden).

c) Una impunidad general de los actos preparatorios de estos delitos, también dentro del sistema de punición selectiva y restrictiva caso por caso de la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir -en su caso, en la modalidad de apología- (arts. 17 y 18 CP), sin que ello impida reconocer que algunos delitos se configuran como una especie de actos preparatorios de otros (así, por ejemplo, una modalidad de tráfico de influencias respecto de las otras del mismo delito y quizá éstas respecto de otros delitos) o, en ocasiones, aparecen como de consumación anticipada (entendiendo esta expresión en un sentido amplio, como sucedería, por ejemplo, con algunas modalidades de cohecho).

d) Una penalidad en los delitos más emblemáticos similar o más rigurosa que la contenida en el CP 1944/1973, siendo frecuente que aumente el límite inferior de las penas y se mantenga o disminuya sólo ligeramente el superior, debiendo tenerse en cuenta además, en el caso de disminución de este último en los delitos castigados con pena de prisión, la pretensión del vigente CP de acercar el efectivo cumplimiento de la pena privativa de libertad a la duración de la misma impuesta en la sentencia condenatoria (naturalmente con un máximo, matices, etc.), lo que se refleja especialmente en la supresión del beneficio de redención de penas por el trabajo que venía aplicándose de manera casi automática, suponiendo un muy relevante acortamiento de las penas, que en la ley actual desaparece.

---

corrupción, 2002, 50, hablando del cohecho y la prevaricación, señale que el cohecho no admite comisión imprudente o culposa, *al contrario que la prevaricación*. El error puede tener una doble explicación u origen: por un lado, hasta la entrada en vigor del actual CP en mayo de 1996, se contenía en el CP 1944/73 un tipo específico (es decir ni siquiera derivado del sistema de castigo de la imprudencia a través de cláusulas genéricas que ha sido tradicional en España y al que ha querido poner fin el vigente CP, de acuerdo con la petición prácticamente unánime de la doctrina) de prevaricación imprudente de funcionario (art. 358, segundo párrafo CP 1944/73); por otra parte, al contrario de lo que sucede en el vigente CP con la prevaricación de autoridad o funcionario, que requiere siempre dolo (art. 404 CP), en la prevaricación judicial (encuadrada dentro del Título XX del Libro II CP, rubricado “Delitos contra la Administración de Justicia”, y no entre los delitos contra la Administración Pública, al contrario de lo que sucedía en el CP 1944/73, en que se ubicaba en el Título predecesor de éste, es decir, en el dedicado a los “delitos de los funcionarios en el ejercicio de sus cargos”) se prevé una modalidad imprudente (que exige imprudencia grave o ignorancia inexcusable: art. 447 CP, modalidad que también se contemplaba específicamente en el art. 355 CP 1944/73).

5. Los delitos de funcionarios plantean frecuentemente interesantes cuestiones en diversos ámbitos, siendo de destacar que, por tratarse en su mayoría de delitos especiales, es decir, que requieren una cualidad específica en el autor (la de ser autoridad o funcionario público), rigen las reglas de autoría y participación propias de esos delitos<sup>51</sup>: básicamente la de que no puede ser autor (art. 28, primer párrafo, CP) de ellos quien no sea funcionario (salvo, claro está, en los delitos en que el propio CP ha previsto su comisión por un no funcionario), lo que no impide -contra lo que durante bastante tiempo sostuvo una errónea jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS), hoy afortunadamente corregida- que los no funcionarios respondan, en su caso, como partícipes (inductores, cooperadores necesarios o cómplices: arts. 28, excepto el primer párrafo, y 29 CP) en el delito del que es autor un funcionario. El problema del llamado "instrumento doloso no cualificado"<sup>52</sup> no se soluciona por la vía mayoritaria de la autoría mediata (que, en mi opinión, supone una mera petición de principio) y pocas veces a través de la construcción roxiniana de los delitos de infracción de deber<sup>53</sup> (inadmisible con carácter general -y, por tanto, con excepciones particulares- por su incompatibilidad con aspectos, sobre todo formales, del principio de legalidad<sup>54</sup>), alguna vez quizá (pocas) por la vía de la comisión por omisión<sup>55</sup>, y sí con más frecuencia en este ámbito (y en

51 Sobre la autoría y la participación en delitos especiales, v. por todos, resumidamente, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *Autoría mediata, coautoría y autoría accesoria*, en: EPB, 2000, 167 ss., 172; *Participación*, en: EPB, 2002, 984 ss.

52 V. mi opinión respecto de la constelación de casos que mayoritariamente (y, en mi opinión, de modo incorrecto) se engloban en la "autoría mediata con instrumento doloso no cualificado" en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *La autoría en Derecho penal*, 1991, 601 s., 618 ss., 730 ss. n. 59; *La autoría mediata. Con una especial referencia a los delitos socioeconómicos y contra el medio ambiente*, en: Documentos Penales y Criminológicos 1 (2001) (Nicaragua), 44 ss.; EPB, 2002, 167 ss.

53 ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., 2000, 352 ss. (ya desde la 1ª ed., 1963), 695 ss. (= *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, 7ª ed. -en realidad, 2ª española, trad. de la 7ª alemana-, 385 ss., 742 ss.).

54 V. lo que opino respecto de la citada construcción en DÍAZ Y GARCÍA, *La autoría*, 1991, 602 n. 236, 728 ss., 728 s. n. 54; *Documentos Penales y Criminológicos 1* (2001), 46; EPB, 2002, 169.

55 Ésta es la interesante vía (preferible, según él, a la de la autoría mediata mediante "instrumento" doloso no cualificado) que propuso, no con carácter general, sino para un caso concreto (no relativo a delitos contra la Administración pública) PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990, 357. Posteriormente, PEÑARANDA ha desarrollado aspectos de su propuesta (en relación con el fundamento y alcance de deberes de garante de titulares, administradores o directivos de empresas) en *Problemas de la responsabilidad por omisión de hechos delictivos cometidos en el marco de la empresa*, en: Estudios del Ministerio Fiscal 1994-I (1995), 923 ss., especialmente 929 ss., y se ocupa ampliamente, fundamentando ampliamente su concepción, de la comisión por omisión de homicidio en BAJO FERNÁNDEZ (dir.), *Compendio de Derecho penal*.

otros, aunque no con carácter absolutamente general) por el de la actuación por otro del art. 31 CP<sup>56</sup>.

El posible origen de una conducta delictiva en el acuerdo adoptado por un órgano administrativo colegiado da lugar también a interesantes problemas de autoría y participación (y no sólo de esta índole) en los que aquí no podemos detenernos (aunque ha de recordarse que la responsabilidad penal es siempre personal y habrá de determinarse su existencia para cada uno los intervinientes de uno u otro modo en el acuerdo). Pero conviene recordar que la solución de estos supuestos precisa de un especial esfuerzo interpretativo, sin que sea recomendable una solución aparentemente simplificada, pero muchas veces insatisfactoria, como la que el CP establece para las por algunos llamadas, en terminología no pacífica, "prevaricaciones especiales" de sus arts. 320, 322 y 329<sup>57</sup>, a las que más adelante me referiré.

6. Tampoco podemos detenernos en las cuestiones igualmente interesantes relativas a la responsabilidad penal de funcionarios por conductas omisivas de los mismos y otras, ni en temas tan importantes como las relaciones entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, especialmente relevantes en este ámbito (baste recordar la vigencia del principio *non o ne bis in idem*, que conduce a que sólo excepcionalmente quepa la doble sanción a un mismo sujeto por un mismo hecho, supuesto que se producirá cuando el fundamento de ambas clases de sanciones sea claramente diferente –el papel del bien jurídico o interés protegido en cada orden será importante–), las peculiaridades procesales de estos delitos (algunos de los cuales –no la prevaricación, ni siquiera por conexidad: art. 5.2 de la

---

*Parte Especial*, 2003 (en prensa), capítulo dedicado al homicidio, pasaje relativo a la responsabilidad por homicidio en comisión por omisión (Cap. 1.III.3 C). V. mi posición al respecto (más que a la concreta propuesta inicial de PEÑARANDA –y desde luego, sin haber considerado sus desarrollos posteriores–, a las posibilidades de generalizarla) en DÍAZ Y GARCÍA, *La autoría*, 1991, 731 ss. n. 59; *Documentos Penales y Criminológicos* 1 (2001), 47; EPB, 2002, 170.

56 Solución propuesta por GRACIA MARTÍN, *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, t. I, 1985, 116 ss. V. mi opinión al respecto en DÍAZ Y GARCÍA, *La autoría*, 1991; *Documentos Penales y Criminológicos* 1 (2001), 47; EPB, 2002, 169 s.

57 Sobre los principales problemas de autoría y participación (incluido éste de la adopción de acuerdos en órganos colegiados) en los delitos contra la Administración pública y otros en los que intervienen funcionarios (además de interesantes exposiciones y opiniones en diversos trabajos dedicados a delitos concretos), v., entre otros, DE LA MATA BARRANCO, *La participación del funcionario en delitos comunes y especiales. Autoría y cooperación. Toma de decisiones en órganos colegiados*, en: ASUA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 95 ss. Sobre la intervención de particulares en los delitos contra la Administración pública, v. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 175 ss.



Ley del Jurado- están sometidos a juicio con jurado: art. 1.2 de la Ley del Jurado), las competencias y funcionamiento de la ya mencionada Fiscalía Anticorrupción, la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración por hechos delictivos de sus funcionarios, cuando constituyan delitos, no meras faltas (art. 121 CP, pudiendo tratarse de delitos dolosos o imprudentes, contra la restricción de la responsabilidad civil de la Administración a daños derivados de los primeros que pretendía el Proyecto de CP de 1994), etc.

### III. Los límites del Derecho penal en la prevención y sanción de la corrupción o efectividad y simbolismo o un baño de realidad

Una vez reconocido que no cabe duda de que el Derecho penal ha de desempeñar un papel importante en la lucha contra la corrupción política y administrativa, debe insistirse en que la intervención del Derecho penal ha de reservarse para prevenir los ataques más graves al bien jurídico que, de forma un tanto vaga y general, hemos denominado correcto funcionamiento de la Administración pública. Por lo tanto, la intervención del Derecho penal debe someterse a los ya anteriormente citados principios garantísticos que limitan la potestad punitiva o *ius puniendi* del Estado, destacando entre ellos el de subsidiariedad, intervención mínima o *ultima ratio* y carácter fragmentario del Derecho penal, pero también otros como el de efectividad, eficacia o idoneidad o el de proporcionalidad. O, dicho de otro modo, el Derecho penal ni es ni debe ser el único ni el primero ni el principal ni el más adecuado de los medios (extrajurídicos y jurídicos) de lucha contra la corrupción política y administrativa<sup>58</sup>.

Pues bien, mi tesis es que, especialmente a partir de los años noventa (se pueden citar como fechas significativas 1991 y 1995), es decir, en los años inmediatamente posteriores a aquellos en que se conocieron (y, por cierto, se difundieron muy interesadamente –intereses sobre todo electorales- por algunos en ciertos medios de comunicación) algunos de los grandes escándalos de corrupción en nuestro país, las principales reformas penales en la materia suponen un fracaso técnico y políticocriminal, por cuanto el legislador se ha preocupado menos de respetar esos principios y de combatir realmente el fenómeno que de buscar ofrecer una imagen a los ciudadanos de gran preocupación y resolución en cuanto a la lucha contra la corrupción. A una realidad de corrupción aireada a veces hasta el exceso por una en buena medida interesada campaña mediática, se responde con la creación de normas penales, casi siempre duras, aireadas también mediáticamente (por otros

58 He expresado esta idea (que, con unos u otros matices, está bastante generalizada en la doctrina), así como la tesis que sigue, respecto de todos o algunos de los delitos contra la Administración pública en diversos lugares. V. DÍAZ Y GARCÍA, en: ASUA, *Delitos contra la Administración pública*, 1997, 177; DÍAZ Y GARCÍA / OLAIZOLA, *Auditoría Pública* 6 (1996), 47 s., 52; Huarte de San Juan. *Derecho/Zuzenbidea* 3-4 (1996-1997), 128 s., 142 s.

medios casi siempre, claro), que no respetan principios básicos del Derecho penal o presentan deficiencias técnicas importantes o (casi siempre a la vez) carecen (o casi) de posibilidades reales de aplicación. Y ello porque se pretende más una campaña de imagen (con el medio jurídico más drástico, el Derecho penal) que una verdadera prevención y represión de las conductas corruptas. Todo ello es grave por cuanto apunta a un Derecho penal meramente (o casi exclusivamente) simbólico y, por lo tanto, no justificado, que, además, puede producir frustración<sup>59</sup>, especialmente cuando la noticia de su inaplicación llega a los ciudadanos que, casi siempre de buena fe e incitados en buena medida por campañas mediáticas alentadas desde el poder, habían concebido expectativas importantes sobre la eficacia de las medidas penales en la lucha contra la corrupción<sup>60</sup>.

Voy a intentar demostrar mi tesis con algunos ejemplos de figuras penales de relativamente reciente creación y que, en buena medida, “se vendieron” como importantes medidas anticorrupción.

59 En relación con esto, me aparece muy atinado el pasaje con concluye uno de sus trabajos GARCÍA ARÁN, en: M. CONDE (dir.), *Los delitos contra la Administración Pública*, 1997, 103: “... sigo creyendo que el saneamiento de la Administración demanda también actuaciones firmes que están fuera del Derecho penal y que se dirigen a esa transparencia, el control administrativo y la demanda de responsabilidades políticas cuando éstas existan. Si el Derecho Penal acompaña a todo lo anterior y es proporcionado, bienvenido sea. Si es sólo un recurso simbólico y enmascarador del problema, proporcionará una nueva frustración”.

60 Desgraciadamente, al menos en España, el fenómeno descrito no es patrimonio de ningún concreto partido en el poder ni se refiere a un único sector de delincuencia o conductas irregulares (como las propias de la corrupción). Si bien los ejemplos que se citan a continuación se refieren todos a preceptos penales creados en épocas de mayoría (absoluta o no) parlamentaria socialista (téngase en cuenta que los escándalos más llamativos aireados en los medios se produjeron en el entorno del PSOE), basta fijarse en los días de enero de 2003 en que redacté estas líneas en la panoplia de medidas penales anunciadas por el Gobierno del Partido Popular (curiosamente en un momento de neto descenso de las perspectivas electorales del PP debido, entre otras razones, a la crisis derivada de la contaminación por el hundimiento del petrolero Prestige frente a las costas gallegas y al empeoramiento de los resultados de la política económica popular), que piensa sacar adelante con la mayoría parlamentaria absoluta de su partido y, confesadamente, con o sin consenso, en materias diversas, pero sobre todo relacionadas con el terrorismo y la (in)seguridad ciudadana, de las que hasta hace un mes no teníamos noticia y para enfrentar, en el caso de la inseguridad ciudadana, fenómenos de delincuencia cuya gravedad era expresamente negada por el Gobierno hace apenas dos meses. Es de temer (ojalá me equivoque) que muchas de esas medidas se plasmarán de forma técnicamente incorrecta, no serán lo suficientemente debatidas, poiticocriminalmente fundamentadas y consensuadas y, en ocasiones, serán escasamente aplicadas, quedando una vez más como muestras de (pobre) Derecho penal simbólico (entre otras cosas, aunque algunas de ellas encierran riesgos aún más graves, en mi opinión y en la de otros penalistas que ya están manifestándose al respecto; pero éste no es el problema que aquí nos ocupa).

a) *El tráfico de influencias*

Los delitos de tráfico de influencias se introducen en el Código penal de 1944/73 en fecha relativamente reciente, por LO 9/1991, de 22 de marzo<sup>61</sup>. Tal introducción vino impulsada, sin duda de ningún género, por el surgimiento y, sobre todo, el aireamiento mediático de diversos casos de corrupción, especialmente algunos episodios del llamado caso Juan Guerra. Se crean, con el rechazo de la opinión doctrinal más generalizada, tres delitos en los arts. 404 bis a), b) y c) CP de la época, los dos primeros relativos al ejercicio de influencia por parte de funcionario en un caso y de particular en el otro, y el tercero relativo al ofrecimiento para ejercer influencia sobre funcionario o autoridad. Esos tres delitos se mantienen en el CP 1995, en sus arts. 428, 429 y 430, siendo de destacar, sobre todo, el mayor rigor punitivo en la materia del actual CP, reflejado en el aumento de las penas y en la menor exigencia de requisitos para la consumación del tipo en las dos primeras figuras, junto con una mayor precisión en la descripción típica de la, de todos modos criticable, figura del art. 430 CP (anterior art. 404 bis c CP 1944/73)<sup>62</sup>.

Las figuras actuales se describen así en el CP:

Art. 428: "El funcionario público o autoridad que influyere en otro funcionario público o autoridad prevaleándose del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior".

Art. 429: "El particular que influyere en un funcionario público o autoridad prevaleándose de cualquier situación derivada de su relación personal con éste o con otro funcionario público o autoridad para conseguir una resolución que le pueda generar directa o indirectamente, un beneficio económico para sí o para un tercero,

61 Sobre la introducción de los delitos de tráfico de influencias en el Derecho penal español, v. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO/OLAIZOLA NOGALES, *AJA* 223 (1995), 1 ss.

62 Una exposición más detallada de estos delitos y de mi opinión respecto de ellos la he realizado en DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en: ASUA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 171 ss.; DÍAZ Y GARCÍA/OLAIZOLA, *Auditoría Pública* 6, 1996, 46 ss.; Huarte de San Juan. *Derecho/Zuzenbide*, 3-4 (1996-1997), 123 ss. Existen diversos trabajos sobre estos delitos, pero entiendo que no tiene sentido una cita completa aquí, por lo que me limitaré a citar el probablemente más amplio: CUGAT, *La desviación*, 1997, *passim* (especialmente 100 ss.).

será castigado con las penas de prisión de seis meses a un año, y multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior”.

Art. 430: “Los que, ofreciéndose a realizar las conductas descritas en los artículos anteriores, solicitaren de terceros dádivas, presentes o cualquier otra remuneración, o aceptaren ofrecimiento o promesa, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año./En cualquiera de los supuestos a que se refiere este artículo, la autoridad judicial podrá imponer también la suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, organización o despacho y la clausura de sus dependencias abiertas al público por tiempo de seis meses a tres años”.

Múltiples son los problemas que plantean los tipos citados y en los cuales aquí no podemos detenernos. Especialmente llamativo es el art. 430 (que, repito, pese a todo supone un avance en la concreción típica respecto de la pésima redacción de su predecesor, el art. 404 bis c CP 1944/73).

Así, resulta muy relativa la afectación por este delito del correcto funcionamiento (entendido como más arriba se explicó) de la Administración pública. O, de existir, estamos ni más ni menos que ante un acto preparatorio de los delitos de los artículos anteriores (al margen de que, en su caso, pueda constituir un acto preparatorio, aún más lejano, de otros delitos, y de que los otros tipos de tráfico de influencias puedan ser también actos preparatorios de otros delitos), con lo que el peligro para el bien jurídico es todavía remoto. Teniendo en cuenta que la intervención del Derecho penal sólo se justifica cuando existe una lesión o puesta en peligro relevante de bienes jurídicos importantes y cuando es insuficiente la intervención de otras ramas del ordenamiento jurídico (los ya mentados principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, subsidiariedad, intervención mínima o carácter de *ultima ratio*, y carácter fragmentario del Derecho penal), este delito resulta cuestionable. La decisión de anticipar tanto el castigo que el CP 1995 toma en el artículo que comentamos contrasta además (lo que la hace especialmente llamativa) con la opción general, ya mencionada más arriba, de castigar sólo excepcional y selectivamente los actos preparatorios, pues no se ve por qué éste caso debe ser una excepción, cuando además no se refiere a ninguno de los actos preparatorios excepcionalmente punibles de los arts. 17 y 18 CP (no se trata ni de conspiración, ni de proposición ni de provocación), siendo significativo que un acto como el que se castiga en este tipo no resulte punible respecto de delitos claramente más graves (así, por ejemplo, no se castiga el ofrecerse para matar a otro y tampoco, claro está, el ofrecerse para convencer a otro, prevaleciéndose de alguna relación con él, de que lo haga)<sup>63</sup>.

63 Más duramente aún se expresa GIMBERNAT ORDEIG, *Prólogo a Mir Puig, Carlos: Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, 2000, 16 s., quien considera que los arts. 428 y 429 CP castigan la provocación “de palabra” a una conducta atípica, lo

En definitiva, lo anterior, junto a otras reflexiones, como las relativas a las graves dificultades en la prueba de la existencia de estas conductas (piénsese en las ofertas de “mediación” que se realizan en algunos despachos de abogados o de otros profesionales, hacia los que el precepto siente sin duda gran desconfianza, pues, si no, no se entiende muy bien la mención del “despacho” de su último párrafo; en la misma línea iba la mención del “profesional titulado” en el segundo párrafo del art. 404 bis c del derogado CP 1944/1973), hace que no me parezca justificada la existencia de este delito que tanto anticipa el castigo, y cuya pena además se ha endurecido en el CP vigente de 1995. Ello no quiere decir que en el tipo no se esté describiendo una conducta relacionada con la corrupción y de gran frecuencia práctica, sino simplemente que el Derecho penal no parece ni muy legitimado para intervenir ni muy eficaz para prevenir este tipo de conductas<sup>64</sup>.

El peligro de inadecuación a principios penales básicos y de ineficacia de los delitos de tráfico de influencias (especialmente el del art. 430 CP) existía ya desde el momento de su creación. La historia de su aplicación judicial parece ir demostrando la escasa eficacia de estos tipos<sup>65</sup>.

Prescindiendo de alguna mención marginal anterior, el TS se ocupó por primera vez de los delitos de tráfico de influencias (en concreto de los arts. 404 bis a o b

---

que le parece increíble cuando tal provocación no se castiga respecto de “una conducta tan terriblemente típica como lo puede ser un asesinato”; pero, continúa, como la conducta del art. 430 CP constituye un acto preparatorio de las anteriores, “¿cómo puede tipificarse en el art. 430, sin que a nadie se le caiga la cara de vergüenza, la conducta precedente a esa provocación, o sea: la preparación de la preparación a un comportamiento –la ‘resolución’– que, además, ni siquiera es delictivo?” (17).

64 V. conclusiones similares no sólo entre la inmensa mayoría de los penalistas que han abordado el estudio de estos delitos, sino también en otros autores que se ocupan de la corrupción como, por ejemplo, SABÁN GODOY, *El marco jurídico de la corrupción*, 1991, 69 (calificando, quizá de modo exagerado, de “patético”, por inútil e ineficaz, “el intento de tipificar lo que se ha dado en llamar tráfico de influencias”); NIETO, *Corrupción*, 1997, 126.

65 La sentencias que se citan en el trabajo a partir de aquí han sido buscadas y consultadas en la base de datos en línea *Westlaw* ([www.westlaw.es](http://www.westlaw.es)), de la editorial Aranzadi, por ser una de las más completas (a partir de 2001, se supone que contiene todas las resoluciones de diversos órganos, entre otros incluso las Audiencias Provinciales). No obstante, en ella no se recogen todas las resoluciones judiciales, por lo que, en especial respecto a instancias inferiores al TS, es muy probable que existan otras en las materias que analizamos. alguna de estas últimas he podido localizarla por otras vías y se podrá citar, pero otras no. Pese a todo, entiendo que las resoluciones citadas reflejan un panorama lo suficientemente significativo como para aportarlo como apoyo de mi tesis. En la cita de resoluciones halladas en *Westlaw* mantengo las denominaciones (RJ, ARP, JUR) que Aranzadi da a sus diferentes repertorios.

CP 1944/73 –antecedentes de los actuales 428 y 429-), en sentencia 11-5-1994<sup>66</sup>, en el conocido caso Calviá, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial (AP) de Palma de Mallorca<sup>67</sup> y no apreciando tráfico de influencias, por ser desplazada esta calificación por la de cohecho. En fecha muy próxima tuvo el TS ocasión de pronunciarse de nuevo, y sin poder aplicarlos, sobre los delitos de tráfico de influencias (concretamente sobre el del art. 404 bis b CP 1944/73, predecesor del actual art. 429), en la sentencia 24-6-1994<sup>68</sup>, en relación con uno de los episodios del caso Juan Guerra, hermano del entonces Vicepresidente del Gobierno, en concreto el de la recalificación de terrenos de zona de equipamiento con destino a zona verde a zona industrial en Alcalá de Guadaira o caso Frídex, precisamente el caso que más influyó en que se crearan estos delitos: la AP Sevilla<sup>69</sup> había absuelto al Sr. Guerra, que no era funcionario, de inducción y cooperación necesaria a la prevaricación, con el (como ya sabemos) incorrecto argumento de que, por tratarse éste de un delito especial, los *extranei* no pueden responder ni siquiera por participación en él; la sentencia TS citada corrige lo anterior, añadiendo que hubo tráfico de influencias, pero que no se pueden aplicar retroactivamente los preceptos relativos a estos delitos por ser los hechos anteriores a la existencia de los mismos.

Posteriormente, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones (aun sin contar las que mencionan de pasada estos delitos), de las cuales sólo una se refiere al art. 404 bis c) CP 1994/73 o al actual art. 430 CP. En los supuestos relativos a los arts. 404 bis a y b CP 1944/73 o 428 y 429 CP vigente, por lo que alcanzo a ver, las sentencias del TS han sido de carácter condenatorio en cinco ocasiones, en cuatro de ellas confirmando las sentencias de instancia y en una casándola precisamente en el extremo relativo al tráfico de influencias para condenar por él. Así, en el por algunos denominado caso Pujana, el TS<sup>70</sup> confirma la muy interesante sentencia sobre el caso de la AP Barcelona<sup>71</sup>, relacionada con la conducta del entonces alcalde de L'Hospitalet de Llobregat respecto de la concesión de obras de un aparcamiento, supuesto en que los delitos en cuestión y por los que se condena son varios y, entre otros, los de ejercicio efectivo de tráfico

---

66 RJ 3687.

67 19-02-1993.

68 RJ 5031.

69 Sentencia 9-7-1993 (número oficial 186).

70 En sentencia 29-1-1997 (RJ 390).

71 28-7-1995 (la sentencia, como digo, es muy interesante, pero, pese a ello, no está recogida en el repertorio jurisprudencial manejado).

de influencias. En otras sentencias<sup>72</sup>, el TS ratifica, en lo que aquí interesa, las de instancia de la AP Barcelona<sup>73</sup>, que condenaban a los entonces Alcaldes de Sant Pere de Torelló y de Esplugues de Llobregat (y a algún otro sujeto) por influir en sus corporaciones para que dictaran resoluciones que resultaron muy beneficiosas económicamente para ciertos sujetos (ligados a los Alcaldes por relaciones de amistad o parentesco). Salvo error u omisión, la última de las sentencias TS<sup>74</sup>, que ratifica la correspondiente de la AP Málaga<sup>75</sup>, se refiere a uno de los más famosos supuestos protagonizados por el Presidente del Atlético de Madrid y en el momento de los hechos Alcalde de Marbella, Sr. D. Jesús Gil y Gil, en concreto el de la utilización del logotipo "Marbella" en las camisetas de club de fútbol madrileño (a costa del Ayuntamiento marbellí en concepto de sponsorización). Entre las que he podido controlar, sólo he encontrado una sentencia del TS<sup>76</sup> que case, en relación con el delito de tráfico de influencias y uno de los imputados, la sentencia absolutoria de instancia (de la AP León<sup>77</sup>) y condene (el delito es el del art. 404 bis b CP 1944/73, similar –no idéntico– al del actual art. 429 CP) a un sujeto por aprovechar su relación mercantil con el Secretario de la Junta Vecinal de Quintanilla de Somoza para convencer a los miembros de la Junta de que invirtieran en oro los (considerables) fondos de la entidad a través de la empresa de otro imputado en el caso (condenado por otros delitos). El resto de los pronunciamientos del TS de que tengo constancia tienen carácter absolutorio<sup>78</sup> en relación con el tráfico de influencias, a menudo confirmando sentencias de instancia<sup>79</sup>.

72 8-3-1999 (RJ 1999, 2397) y 15-2 2000 (RJ 1135).

73 4-2-1998 (ARP 786 –aparece dos veces, también como 1032–) y 2-3-1998 (ARP 1537), respectivamente.

74 5-4-2002 (RJ 4267).

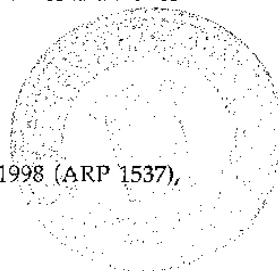
75 10 octubre de 2000 (ARP 1938) (con un voto particular que preconiza fallo absolutorio respecto de los delitos por los que se acusa).

76 29-10-2001 (RJ 9758).

77 28-4-1999 (ARP 1508).

78 No utilizo (ni aquí ni en el resto de citas de resoluciones judiciales) la expresión en sentido técnico, sino en uno más amplio que abarca además cualquier resolución que no condene o confirme una condena (por ejemplo, las que ratifiquen autos de archivo o sobreseimiento, las de inadmisión, etc.).

79 V., además de las primeras sentencias ya citadas que no condenaron por tráfico de influencias, entre otros, el auto TS 27-4-1998 (RJ 3795), y las sentencias TS 4-2-1997 (RJ 883), 3-2-1998 (RJ 722), 21-12-1999 (RJ 9436), 12-2-2001 (RJ 1237). Téngase en cuenta, al valorar la proporción de fallos en uno u otro sentido del TS, que, al margen de las omisiones en mi localización de sentencias, es más frecuente el recurso ante el TS de sentencias condenatorias en instancia que de aquellas que absuelven.



En cuanto al tipo del art. 404 bis c) CP 1944/73 o el actual 430 CP, sólo he encontrado un caso en que claramente<sup>80</sup> se haya discutido ante el TS (lo que ya es curioso si se piensa en lo generalizado –así al menos se sostiene comúnmente– de los fenómenos de “mediación”). El supuesto tenía que ver con la intervención de un miembro del PSOE en relación con un proyecto de centro comercial (en el que estaba en juego mucho dinero) en el Ayuntamiento de Barakaldo, al que el TS, en contra del criterio de la AP Vizcaya<sup>81</sup>, libera de responsabilidad penal por el delito de tráfico de influencias<sup>82</sup>.

Más difícil es el control de las resoluciones de Tribunales inferiores. No obstante, no parece que estos Tribunales hayan aplicado con frecuencia los tipos que nos ocupan (lo que, si es cierta la proliferación de casos de tráfico de influencias que se anunciaba, ha de explicarse en buena medida por la inidoneidad de la tipificación penal para perseguirlos). Al margen de las sentencias de AP condenatorias ya mencionadas, parece que la mayoría de las resoluciones de esos órganos es de carácter absolutorio<sup>83</sup>. Casi siempre, las resoluciones se refieren a los delitos de los arts. 404 bis a y b CP 1944/73 o 428 y 429 CP vigente. La escasa aplicación de los tipos se convierte en prácticamente nula en relación con el de ofrecimiento para ejercer influencia (antiguo art. 404 bis c y actual 430 CP), respecto del que creo no ser muy osado augurándole también una escasa o nula aplicación futura. Por ello resulta curiosa una resolución judicial condenatoria, única, además de la ya citada de la AP Vizcaya<sup>84</sup>, que he encontrado en relación con ese delito. Se trata de una

80 Digo *claramente* porque otras sentencias TS lo mencionan marginal o genéricamente y en alguna es difícil dilucidar a cuál de los tipos de tráfico de influencias se refiere.

81 20-12-1996.

82 Sentencia TS 10-3-1998 (RJ 1986).

83 Aparte de las absolutorias ya citadas anteriormente y de otras que marginalmente se refieren al tráfico de influencias, v. (sin duda, entre otras) los autos AP León 29-4-1999 (ARP 1509), 12-5-2000 (ARP 1764), Tribunal Superior de Justicia (TSJ) Comunidad Valenciana 31-7-2000 (JUR 261814), Las Palmas 18-10-2000 (JUR 2001/24314), Burgos 2-4-2001 (JUR 179585), Girona 16-5-2000 (212387), Tarragona 9-7-2001 (JUR 287713), Barcelona 23-10-2001 (JUR 2002/39618), y las sentencias AP Cádiz 7-7-2000 (ARP 2441), Madrid 21-2-2001 (ARP 389), Pontevedra 23-7-2001 (JUR 289560), Palencia 13-2-2002 (JUR 101550), Málaga 6-5-2002 (ARP 643). Como vengo reiterando, es seguro que existen más resoluciones. Por ejemplo, no he podido localizar (ni por lo transcrito en el lugar de donde las tomo se deduce de qué signo son, aunque puede intuirse si, como parece, una de ellas se refiere a un caso conocido) las sentencias AP Madrid 24-2-1998 (cit. en CONDE-PUMPIDO FERREIRO –dirección, sistematización e índices–, *Jurisprudencia penal* 1998, 1999, 945) y Sevilla 29-12-1999 (cit. en CONDE-PUMPIDO FERREIRO –dir.–, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia. Actualización* 2000, 2001, 644).

84 Recuérdese que la sentencia condenatoria de la AP Vizcaya antes citada fue casada posteriormente por el TS.



sentencia de la AP Madrid<sup>85</sup>, en que se condena a quien se ofreció al propietario de un restaurante de comida china a ejercer influencia en el Ayuntamiento de Madrid para conseguirle la licencia de apertura de un restaurante (licencia que no consigue), lo que resulta casi cómico si se piensa en la cantidad de supuestos, muchos sin duda de (bastante o infinita) mayor trascendencia, en que se ofrecen mediaciones e influencias en la realidad cotidiana de nuestro país (o, al menos, ésa es la opinión común).

Es verdad que, si durante un tiempo considerable después de la creación de los delitos de tráfico de influencias podía hablarse de una casi nula aplicación de los mismos, parece que progresivamente se han ido aplicando más. No obstante, la aplicación no parece constante ni muy frecuente siendo, como parece, la práctica del tráfico de influencias muy habitual. La práctica inaplicación es especialmente llamativa respecto del más criticable de los delitos de tráfico de influencias, el del actual art. 430 CP, sin que los expertos en corrupción ni los más profanos observadores avezados piensen que ello se pueda deber en absoluto a la escasez de conductas como las descritas en el citado tipo<sup>86</sup>.

Por las razones que esgrimí al comienzo de este apartado y por la ineficacia re-frendada por su escasa aplicación jurisprudencial (siendo obvia la frecuencia de su comisión)<sup>87</sup>, especialmente del tipo del art. 430 CP, la regulación de los delitos de tráfico de influencias no me parece muy adecuada. Tanto en 1991 como en 1995 habría sido mejor seguramente tipificar los casos más graves de tráfico de

85 De 29-9-1997 (ARP 1817).

86 De la escasa aplicación jurisprudencial de los tipos de tráfico de influencias se hace eco en un trabajo específicamente dedicado a ella CUGAT MAURI, *El tráfico de influencias en cuatro sentencias*, en: *Jueces para la Democracia* 28 (1997), 76, página en que también afirma que "parte de su utilidad es fundamentalmente simbólica" y que, a la vista de su escasa aplicación por los Tribunales, "empiezan a existir indicios de que efectivamente se trata de una ley penal simbólica". En las pp. ss., esta especialista en los delitos de tráfico de influencias analiza varias sentencias (he mencionado todas menos una, la del TS 4-12-1992 -RJ 10003- que utiliza la autora -no la propia sentencia- para exponer la distinción del delito de tráfico de influencias del art. 430 CP y el de estafa, sobre la base de si las influencias ofrecidas han de ser reales o no para integrar el primero de los delitos citados) cuyos supuestos de hecho pudieran ser calificados de tráfico de influencias, extrayendo conclusiones sobre las posibilidades de rendimiento de los citados tipos.

87 La crítica a los tipos de tráfico de influencias es generalizada en la doctrina penal, siendo diversos los autores que han augurado desde su introducción en la legislación española una escasa aplicación; así ya, por ejemplo, SUÁREZ MONTES, *Consideraciones político-criminales sobre el delito de tráfico de influencias*, en: *Política Criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, 1993, 1104 s.. Vincula la crítica expresamente a (entre otras razones) la vulneración del "principio de efectividad" o eficacia OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *La Ley 1998-5*, 1517.

influencias por la vía de la inclusión de alguna previsión al respecto dentro de los (más aplicados y determinados y no tan anticipadores de la punición como, sobre todo, el último tipo de tráfico de influencias) delitos de cohecho. Pero entonces, seguramente, no podría haberse publicado en 1991 a bombo y platillo que nuestras autoridades, lejos de estar mezcladas con la corrupción, la combatían severamente, hasta el punto de crear delitos nuevos, los de tráfico de influencias.

*b) La malversación por dar aplicación privada a bienes muebles o inmuebles públicos*

El art. 434 del vigente CP, aprobado en noviembre de 1995 y en vigor desde finales de mayo de 1996, introdujo una nueva figura de malversación<sup>88</sup>, sin precedente alguno en nuestra legislación ni en la mayoría de los proyectos, anteproyectos y propuestas que se sucedieron en España desde la transición al sistema democrático hasta la aprobación del actual CP<sup>89</sup>: “La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro propio o ajeno y con grave perjuicio para la causa pública, diere una aplicación privada a bienes muebles o inmuebles pertenecientes a cualquier Administración o Entidad estatal, autonómica o local u Organismos dependientes de alguna de ellas, incurrirá en las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años”<sup>90</sup>.

En el nuevo precepto, a juzgar por los pronunciamientos que sobre él ha realizado hasta hoy la doctrina, prácticamente sólo hay una cosa clara: su origen como respuesta al problema de impunidad que planteaba un determinado caso real, el de la utilización, supuestamente para actividades privadas (al menos, entre otras), de un despacho (y del teléfono instalado en él) en la Delegación del Gobierno en Sevilla por parte del Sr. D. Juan Guerra, hermano del entonces Vicepresidente del

88 Cabe recordar aquí que el supuesto de la malversación y algún otro de los que manejo en esta parte de mi trabajo no encajarían en algunos conceptos estrictos de corrupción que exigen bilateralidad o multilateralidad (con matices que no son aquí posibles), pero ya he explicado que, sin prejuzgar la corrección de tales conceptos, aquí me refiero a un espectro más amplio de conductas.

89 Sí aparecía, como art. 412, en el Proyecto de CP de 1994, del que procede el vigente CP.

90 Me he ocupado de este precepto en DÍAZ Y GARCÍA/OLAIZOLA, *Auditoría Pública* 6 (1996), 49; *Huarte de San Juan. Derecho/Zuzenbidea* 3-4 (1996-1997), 133 s.; EPB, 2002, 910 ss.; pero, sobre todo, en LH-Barbero II, 2001, 79 ss., con fundamento detallado de cuanto expongo y concluyo en el texto y con bastante exhaustivas referencias doctrinales, a las remito y renuncio por ello a repetir aquí, aunque deseo añadir la de CASTRO MORENO, *La malversación de caudales en el Código Penal de 1995*, 2001, quien, tras un estudio detallado del precepto y de las diferentes opiniones doctrinales para deslindarlo de otros –346 ss.–, con loable espíritu constructivo, propone una nueva e interesante interpretación –374 ss.–, para acabar reconociendo –378 s.– que, aun con su interpretación, hay cuestiones que resultan inexplicables y “cualquier intento de buscar una explicación lógica y coherente a lo que es completamente absurdo está, salvo casual, condenado al fracaso”.

Gobierno, Sr. D. Alfonso Guerra. Naturalmente, el precepto no será de aplicación al caso, por haber tenido lugar éste antes de la existencia del mismo y no ser su aplicación retroactiva beneficiosa para el reo (art. 2 CP); la voluntad del legislador fue la de evitar la impunidad de casos similares en el futuro<sup>91</sup>. La conducta del hermano del Vicepresidente, desde luego, nunca podría encajar en el tipo, al menos como autor, pues no era autoridad ni funcionario público y el autor del nuevo delito ha de serlo; y tampoco está claro que pudiera hacerlo como partícipe, pues no consta que ninguna autoridad o funcionario público realizara la conducta típica (al margen de que no está claro si los hechos, en general, podrían ser constitutivos del nuevo tipo con todos sus elementos)<sup>92</sup>.

Poco después de la entrada en vigor del CP, la doctrina advirtió las dificultades interpretativas y de delimitación respecto de otras figuras de malversación que plantea el art. 434 CP, en las cuales no es posible ni preciso detenerse aquí. Así, inmediatamente ORTS BERENGUER observó que la configuración y deslinde de las figuras de los arts. 433 y 434 CP “obliga a un esfuerzo interpretativo desproporcionado”<sup>93</sup>. Y MORALES PRATS/MORALES GARCÍA señalaban, analizando la figura y las posibilidades de delimitación respecto de la malversación “de uso” del art. 433 CP, que “todo este cúmulo de infortunios ... obliga a la elaboración de finos criterios de interpretación cuya solidez dogmática dependerá en ocasiones de la pericia con que acabe soslayándose el principio de legalidad, auténtico caballo de batalla en esta labor”<sup>94</sup>.

91 Que el precepto tiene esa motivación se desprende del debate parlamentario, si bien de éste se deduce además que al Partido Popular le parecía insuficiente para abarcar ese caso y otros similares el actual art. 434 CP y proponía añadir otro, mientras que el Partido Socialista entendía que casos similares al citado quedaban comprendidos en el precepto del art. 434 CP, completado con las normas generales de participación y la malversación impropia del actual art. 435 CP.

92 Este episodio del caso Juan Guerra fue objeto de la sentencia TS 24-10-1996 (RJ 7840) y previamente de la sentencia AP Sevilla 3-3-1995. Ésta última había condenado al Sr. D. Juan Guerra como autor de un delito de usurpación de funciones públicas y le había absuelto del de malversación de caudales públicos; el TS le absolvió también del de usurpación de funciones.

93 ORTS BERENGUER, en: VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, 1996, 1860; también en: VIVES ANTÓN/BOIX REIG/ORTS BERENGUER/CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., 1999, 772.

94 MORALES PRATS/MORALES GARCÍA, en: QUINTERO OLIVARES (dir.)/VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1996, 1256 (3ª, 2002, 1773). También DÍAZ Y GARCÍA/OLAIZOLA, *Auditoría Pública* 6 (1996), 49, señalábamos, en relación con el art. 434 CP, que “el precepto, si es que se aplica, va a obligar a grandes esfuerzos interpretativos” (también en *Huarte de San Juan. Derecho/Zuzenbidea* 3-4, 1996-1997, 134).

Efectivamente, transcurrido un tiempo desde la aprobación del CP, no encontramos una interpretación del art. 434 CP que satisfaga desde puntos de vista dogmáticos y polícticriminales. Personalmente creo, tras un estudio pormenorizado del mismo y de las diversas propuestas doctrinales de interpretación, que la tarea está condenada al fracaso (cuando se salva la coherencia en un extremo se “estropea” en otro) y que, con tipos así, parece que intentar hacer análisis dogmáticos y polícticriminales constructivos resulta poco menos que imposible. El tipo que analizamos me parece un magnífico ejemplo de cómo un legislador no debe hacer las cosas.

Ciertamente, pese a los interesantes esfuerzos doctrinales realizados hasta el presente, no es nada fácil dotar de sentido la figura del art. 434 CP y deslindarla de las otras de malversación (sobre todo de la del art. 433 CP). Tales esfuerzos son muchos y las opiniones diversísimas (y seguramente, combinando distintos aspectos o reinterpretando las tres figuras legales de malversación, todavía cabrían otras posibilidades, que sin embargo creo que están condenadas a no ser plenamente satisfactorias -¡ojalá me equivoque!). Pero lo más curioso es que la mayoría de esas interpretaciones ni siquiera están enfrentadas entre sí, y son a la vez sostenibles e insatisfactorias: si bienintencionados y reconocidos penalistas desarrollando (creo que más allá de lo exigible) todos sus esfuerzos o “finura dogmática”, desde luego de forma hábil y fundamentada, intentando mantener al límite el principio de vigencia, no logran (no logramos) en la mayoría de los casos convencerse ni siquiera a sí mismos, y acaban por señalar lo desafortunado del art. 434 CP, ¿qué pensará un profano de todo ello? No es éste el mejor ejemplo de la determinación o concreción de los tipos penales a que obliga el principio de legalidad. Por otro lado, el nuevo precepto ha venido a empañar la aparente mayor claridad y coherencia de la regulación de las diversas figuras de malversación que apuntaba el CP de 1995.

Ante este desalentador panorama, parece que lo único que cabría es esperar a ver por qué línea interpretativa se decanta la jurisprudencia. De momento (y ya son varios los años transcurridos), sólo conozco una sentencia<sup>95</sup>, concretamente de la AP de León<sup>96</sup>, que haya condenado por malversación del art. 434 CP (más concretamente, además de por otro delito, por malversación impropia, poniendo en relación el art. 435.3º con el 434 CP) y, curiosamente, lo hace simplemente y sin mayor explicación porque resulta más beneficioso que el art. 432 CP (o sea, no porque cubra laguna de punición alguna, sino para beneficiar:¡!) Y precisamente esta sentencia ha sido casada por el TS, que absuelve al sujeto<sup>97</sup>. El resto de re-

---

95 Lo que no significa que no exista alguna más, como ya he dicho, dadas las limitaciones de los repertorios de jurisprudencia.

96 30-11-2000 (JUR 2001/53762).

97 Sentencia TS 17-12-2002 (RJ 2003/495).

soluciones que he encontrado es de carácter absolutorio<sup>98</sup>, prescindiendo de las que mencionan el precepto para relacionarlo con uno u otro tipo del CP 1944/73 o para indicar que es una nueva modalidad de malversación o lo enuncian como una forma de malversación junto a las otras, pero sin plantear su posible aplicación (y cuya cita omitiré). Veremos si la jurisprudencia llega a aplicar el tipo y no abandona por las propias dificultades que entraña.

En cualquier caso, conviene señalar que lo que se trasluce del art. 434 CP es una pésima forma de legislar a golpe de caso concreto, introduciendo en una materia importante como la malversación un cuerpo extraño que produce más inconvenientes que ventajas (la única laguna de punición –si se considera tal– que cubre claramente el precepto es la de la anterior impunidad de la utilización privada de bienes inmuebles públicos –sólo cuando exista grave perjuicio para la causa pública–) y que dificulta su propia aplicación. Pero, para conseguir cubrir la citada laguna y, en su caso, la punición de otras conductas de cuyo encaje en las modalidades tradicionales de malversación se dudara, cabían soluciones mucho más sencillas y técnicamente correctas que la adoptada por nuestro legislador. ¿No parece ésta una muestra más de legislación penal simbólica<sup>99</sup> o “de cara a la galería” sin importancia real en la lucha contra la corrupción<sup>100</sup>?

98 Así, los autos de las AP Cádiz 29-1-1998 (ARP 336 –sólo respecto de la malversación, no de un posible delito de desobediencia–), Málaga 22-3-1999 (ARP 1449 –citando por su número sólo el art. 434 entre los relativos a la malversación en el vigente CP, aunque es más que dudoso que los hechos y el propio auto, en la aplicación al caso, se refieran a él–), La Rioja 15-5-2001 (JUR 198747 –descarta varias posibilidades de delito, entre otras, el del art. 434 CP–), TSJ Andalucía, Granada, 9-11-2002 (JUR 257346), y, aparte de la ya citada del TS, las sentencias de las AP León 19-1-1998 (ARP 317 –absolución de malversación impropia, sea en relación con el art. 432 o el 434 CP–), 8-10-1998 (ARP 4285 –el Ministerio Fiscal acusa por el art. 435.3º en relación con el 433 CP, mientras que la Acusación Particular lo hace por el primero de ellos en relación con el art. 434 CP, dando la impresión de que la sentencia se fija más en la primera calificación, pero en cualquier caso absuelve–), Málaga 22-12-1999 (ARP 5630 –sea una malversación del art. 433 o del 434 CP–), Madrid 21-2-2000 (ARP 1472 –se acusa por el art. 432 y el 434 CP, entre otros, absolviendo la sentencia sin distinguir demasiado–), Cáceres 17-11-2000 (JUR 2001/50687 –absuelve del delito del art. 434 CP y de otros tipos de malversación y otros delitos, aunque condena por negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios–), Zaragoza 3-5-2001 JUR 212008 –absuelve del delito del art. 435.2º en relación con el art. 434 CP–), .

99 También ROCA AGAPITO, *El delito de malversación de caudales públicos*, 1999, 276 s., habla de posible utilización simbólica de este precepto, pero en un sentido algo distinto, por más limitado, al que yo he expresado. En concreto, este autor critica la exigencia de grave perjuicio para la causa pública porque hará que con mucha frecuencia el art. 434 CP sea prácticamente inaplicable y se reduzca a un “uso simbólico del Derecho penal”.

100 Como en todos los ejemplos que estoy manejando, se podría aducir en contra de mi tesis que la nula o escasa aplicación del precepto no prueba su ineficacia, por ejemplo, a los fundamentales efectos de prevención general, pues podría ser que precisamente la

c) *La segunda modalidad de cohecho impropio y el cohecho subsiguiente*<sup>101</sup>

La figura del llamado cohecho pasivo impropio que contenía el art. 390 CP 1944/73 ha sido recogida sin apenas variaciones (salvo una mejor adecuación de las penas en su relación con las del cohecho pasivo propio) por el art. 426 del vigente CP: "La autoridad o funcionario público que admitiere dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su función o para la consecución de un acto no prohibido legalmente, incurrirá en la pena de multa de tres a seis meses". En esta forma de cohecho la dádiva o regalo o bien no se ofrece en atención a la realización de un hecho concreto, sino en atención a la función que en general desempeña la autoridad o funcionario, o bien se dirige a obtener que el funcionario realice un acto concreto, pero que no esté prohibido legalmente. Tradicionalmente, la doctrina, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido, ha interpretado "acto no prohibido legalmente" como acto justo, pero comprendido dentro del ámbito de competencia de la autoridad o funcionario y no como cualquier otro hecho no prohibido.

Prescindiré de explicaciones sobre el citado delito, porque lo que aquí más interesa es que el vigente CP ha introducido, junto al citado tipo clásico de cohecho pasivo impropio, otro, recogido (junto con el cohecho subsiguiente, al que enseguida me referiré y cuya mención omito de momento) en su art. 425.1: "La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo ..., incurrirá en la pena de multa del tanto al triplo del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años". La pena de multa, como se ve, es

---

existencia del nuevo tipo hubiera hecho desistir a posibles delincuentes de su comisión, desplegando así una eficacia máxima. Pues bien, para empezar, en el concreto caso del art. 434 CP, como no sabemos bien qué conductas se previenen, difícilmente podríamos hablar de eficacia preventiva. Y, en los demás preceptos con que trato de demostrar mi tesis (y también seguramente en éste, sea cual sea la interpretación del mismo que acogiéramos), ¿de verdad puede pensar alguien seriamente que no se producen en la práctica las conductas que describen?

101 Tampoco en relación con estos delitos citaré apenas doctrina. Sobre ellos, v., prescindiendo de la cita de obras generales (muy interesantes en ocasiones en este punto), VALEIJE, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, 1995, 264 s.; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, 1999, 298 ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho. Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, 1999, 268 ss.; CASTRO MORENO, *La nueva modalidad del cohecho por actos propios del cargo del art. 425.1 del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras*, en: AP 2002-1, 19 ss.; CARDENAL MONTRAVETA, *Concepto, modalidades y límites del delito de cohecho. Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001*, en: Revista de Derecho Penal y Criminología (RDPCr) 10 (2002), 323 ss. (especialmente 323, 327). Me he referido a ellos en DÍAZ Y GARCÍA, en: ASUA (ed.), *Delitos contra la Administración Pública*, 1997, 165 ss.; EPB, 2002, 260 ss.; DÍAZ Y GARCÍA / OLAIZOLA, *Auditoría Pública* 6 (1996), 44 s.; Huarte de San Juan. *Derecho/Zuzenbidea* 3-4 (1996-1997), 119 ss.

aquí proporcional, mientras que en la modalidad clásica del art. 426 CP es una multa según el sistema habitual en el CP de días-multa, lo que no permite apreciar del todo bien cuál de las conductas se valora como más grave, si bien, entre otras cosas, la comparación con los (más graves) tipos de cohecho propio, que establecen también una multa proporcional, parece indicar que el tipo más grave es del art. 425.1 CP. Y el que en la figura que ahora nos ocupa aparezca además la pena de suspensión de empleo o cargo público parece confirmar que ésta es la modalidad más grave. Una diferencia con el clásico cohecho impropio es que en el clásico la autoridad o funcionario ha de admitir la dádiva o regalo, mientras que en el nuevo delito ha de solicitarlos (sin que sea necesario que llegue realmente a recibirlos) o admitir el ofrecimiento o promesa (naturalmente, ello incluye también la admisión o recepción inmediata de la dádiva que se le ofrece); esta anticipación de la consumación en este delito es otro indicio de que el legislador considera más grave esta conducta que la del art. 426 CP.

Así, llegamos a la principal dificultad que plantea el nuevo tipo y su deslinde con el clásico cohecho pasivo impropio del art. 426 CP: la distinción entre “un acto propio de su cargo” en el nuevo tipo del art. 425.1 CP, que aparentemente (porque, como veremos, hay quien plantea otra cosa, con razones dignas de atención) no podrá ser un acto delictivo ni injusto (pues entonces nos hallaríamos ante los correspondientes delitos de cohecho pasivo propio, si bien la regulación en el mismo artículo del cohecho pasivo subsiguiente y la previsión del número 2 del precepto respecto de él hacen dudosa la cuestión), y “un acto no prohibido legalmente” en el cohecho impropio clásico, pues, como sabemos, esto último se interpretaba doctrinalmente como acto justo en el ejercicio de su cargo. Partiendo de la base de que el CP considera más grave la conducta del nuevo tipo de su art. 425.1 que la del clásico de su art. 426, y teniendo en cuenta que parece que en el nuevo tipo actos propios de su cargo han de ser actos justos (con las reservas manifestadas), probablemente habrá que reinterpretar la expresión “acto no prohibido legalmente” para distinguirla del acto justo propio del cargo. Personalmente sugerí, antes incluso de la entrada en vigor del CP, que la nueva interpretación de actos no prohibidos legalmente en el cohecho impropio clásico podría ser la de actos lícitos no propios de la esfera de competencias del funcionario, pero relacionados de alguna manera con su trabajo (por ejemplo, la agilización o tramitación de un papel en otra dependencia del Ministerio donde trabaja el funcionario; desde luego no cualquier acto no prohibido que el funcionario realice fuera ya absolutamente de su condición de tal), de modo que, excluyendo los actos justos propios del cargo, quede una cierta vinculación del acto con la condición de autoridad o funcionario del sujeto; no obstante, siempre he señalado que esta propuesta de interpretación, obligada por lo que seguramente es un grave defecto de técnica

legislativa, es políticocriminalmente poco deseable, pues supone admitir que existen delitos de cohecho que guardan poca o remota relación con el incorrecto ejercicio de la función pública propia de la autoridad o funcionario y dificultan por tanto la conexión del delito con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que se ha estimado protegido en los delitos contra la Administración pública (y, en concreto, en los tipos de cohecho, concreción en la que no puedo detenerme aquí). Otros autores, en un intento similar de salvar el sentido del delito de cohecho pasivo impropio clásico, han propuesto diversas posibilidades de distinción, además de las que puedan sugerir las propias diferencias en los verbos típicos utilizados (que no sirven para una distinción total, pues son parcialmente coincidentes)<sup>102</sup>. Así, unos autores señalan que actos no prohibidos legalmente serían actos menores, manuales, auxiliares y de apoyo al órgano administrativo y que suelen ser discrecionales<sup>103</sup>. Parece que la propuesta que va consiguiendo más adeptos (al menos en lo que respecta a su segunda parte) es la que realizan otros autores, en el sentido de que en el art. 425.1 CP encajan, por un lado, los supuestos de error sobre el carácter injusto del hecho (la autoridad o funcionario desconoce el carácter injusto del acto objeto del cohecho) y, por otro (y esto resulta lo más interesante), los actos de naturaleza discrecional ajustados a Derecho (en los que, aunque justos, se habría afectado *ex ante* la posición de imparcialidad de la autoridad o funcionario, con independencia de la afectación en la decisión final), mientras que en el caso de actos reglados o vinculados justos se aplicaría el tipo clásico del art. 426 CP<sup>104</sup>. También muy interesante resulta la propuesta recién-

102 No citaré a continuación absolutamente todas las posturas mantenidas ni tampoco señalaré exhaustivamente sus defensores, sino que me limitaré a una cita de los “fundadores” de cada una de ellas. Por lo demás, me remito al interesante trabajo de CASTRO MORENO, *AP 2002-1*, 19 ss., especialmente 23 ss., quien da una excelente información sobre todas las posturas y sus defensores y desarrolla la última de las mencionadas en el texto (36 ss.).

103 Propuesta de ORTOS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ, en: VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios CP 1995 II*, 1996, 1840. No obstante, estos autores, en la misma obra, 1835, señalan que “el art. 425 constituye un tipo básico o de recogida cuya utilidad reverberará en los casos de error sobre el carácter delictivo o injusto del acto, así como en aquellos supuestos en que la dádiva tiene como contrapartida el ejercicio de un acto discrecional y siempre que resulte imposible su inclusión, bien en la modalidad prevista en el art. 419 bien en la prevista en el 420”, con lo que parecen sugerir una interpretación muy cercana a la de los autores de la nota siguiente (alcanzada de manera independiente) (v. también 1836). Ya VALEIJE, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, 1995, 265, anticipaba que “la única explicación válida que justifica la existencia del artículo 425 es que constituirá un tipo que permita castigar el cohecho por un acto discrecional siempre que resulte imposible su inclusión, bien en la modalidad prevista en el artículo 419, bien en la prevista en el artículo 420”.

104 Propuesta de MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en: QUINTERO/VALLE (coord.), *Comentarios PE*, 1996, 1223 s. (3ª, 2002, 1726 s.) (sin olvidar lo señalado sobre los autores de la nota anterior).



temente muy bien desarrollada (y sobre la que habrá que reflexionar y discutir, aunque éste no parece el foro adecuado para ello) por otro autor de que (contra lo que, a mi juicio, inducen a pensar *de entrada* los preceptos, pero reiterando mis dudas al respecto) en los actos a que se refiere el art. 425.1 CP serían tanto justos como injustos, mientras los mencionados en el art. 426 CP serían conformes a Derecho; esta última propuesta dejaría subsistente el problema de la distinción en los supuestos de posible coincidencia de los dos tipos (admisión, no solicitud, y acto justo, no injusto), problema que resuelve el autor de la misma con un criterio que coincide o es muy cercano al sugerido por mí; pero, a la vez, plantea el de la delimitación de la figura de cohecho del art. 425.1 CP (ya sólo parcialmente impropio) sobre todo de la más gravemente penada del art. 420 CP (cohecho pasivo propio por realizar un acto injusto no delictivo relativo al ejercicio de su cargo<sup>105</sup>), cuestión a la que se responde que el elemento diferenciador sería la exigencia de beneficio propio o de un tercero sólo en el art. 420 CP<sup>106</sup>.

Pero, en definitiva, todas estas sugerencias y propuestas, bienintencionadas y más o menos oportunas, no siempre tienen mucho que ver con lo que la ley dice en los arts. 425.1 y 426 CP o, si lo tienen, no suponen una explicación plenamente coherente desde puntos de vista técnicos y valorativos. Mientras existan ambos en su actual configuración, merece la pena seguir intentando una distinción con algún fundamento material (alguna de las vistas u otras que puedan proponerse), pero también conviene poner de relieve la práctica imposibilidad de ofrecer una solución plenamente satisfactoria y apoyada en la propia ley. Con el art. 425.1 CP (en lo que afecta al cohecho impropio que ahora nos ocupa) probablemente el legislador pretendió colmar lo que consideraba una laguna del cohecho pasivo impropio clásico (hoy en el art. 426 CP), consistente en que no comprendía la conducta de solicitud por parte de la autoridad o funcionario, pero, para colmar la laguna, crea una figura nueva, sin suprimir la clásica, le asigna una pena distinta (y superior) y utiliza expresiones formalmente diferentes en lo referente a los actos a cuya consecución se preordena el cohecho y a la vez difíciles de discernir sin abandonar referencias materiales obligadas al tratarse de delitos de cohecho, creando (otra vez), con su mala técnica legislativa, más problemas de los que

105 Art. 420 CP: "La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicite o reciba, por sí o por persona interpuesta, dádiva o promesa por ejecutar un acto injusto relativo al ejercicio de su cargo que no constituya delito, y lo ejecute, incurrirá en la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a nueve años; y de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años, si no llegara a ejecutarlo. En ambos casos se impondrá, además, la multa del tanto al triplo del valor de la dádiva".

106 Propuesta de CASTRO MORENO, AP 2002-1, 36 ss.

soluciona. Probablemente algún día el problema deberá resolverse mediante una reforma legal.

También novedosa es la tipificación en el art. 425 del vigente CP 1995 (junto con la nueva figura de cohecho impropio que acabamos de examinar) de lo que se puede llamar cohecho subsiguiente: “1. La autoridad o funcionario público que solicitare dádiva o presente o admitiere ofrecimiento o promesa ... como recompensa del (acto propio de su cargo) ya realizado, incurrirá en la pena de multa del tanto al triple del valor de la dádiva y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años. /2. En el caso de recompensa por el acto ya realizado, si éste fuera constitutivo de delito se impondrá, además, la pena de prisión de uno a tres años, multa de seis a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de diez a quince años”. Por tanto, en este delito de cohecho, que, como los demás, sólo puede ser cometido con dolo, el acto recompensado puede ser en principio cualquiera ya realizado, siempre que entre dentro de los propios del cargo (con las dificultades conocidas de interpretación de esta expresión); si es constitutivo de delito, entrará en juego el tipo más grave del número 2 (previsión la de este número que puede influir también en la interpretación de la complicada figura de cohecho impropio a que acabamos de referirnos). Naturalmente, la recompensa por el acto ya realizado no ha de haber sido solicitada, aceptada o pactada antes de la realización del acto, pues en tal caso nos hallaríamos ante una de las modalidades de cohecho pasivo propio o bien ante el otro delito del art. 425.1 CP. Algunos autores han manifestado que la conducta de cohecho subsiguiente no afecta a la objetividad e imparcialidad en la actuación administrativa –en el momento en que se realizó el acto- (aunque sí da una mala imagen de la Administración Pública), por lo que su punición no estaría del todo justificada desde el punto de vista del bien jurídico, y se debería seguramente a una razón políticocriminal: la sospecha de que hubo un pacto previo de pago por el servicio, pacto cuya difícil prueba se estaría obviando de este (por tanto –nuevamente- cuestionable) modo.

En consecuencia, nos encontramos con dos nuevos tipos “anticorrupción” con deficiencias técnicas o con discutible fundamentación<sup>107</sup>. En definitiva, tipos “poco

107 Si no fuera porque se trata de preceptos penales (con las graves privaciones o restricciones de derechos que pueden llegar a comportar), resultaría hasta hilarante (por ser tantas y denotadoras de tanta falta de cuidado en el legislador) observar las “imperfecciones” de la regulación de los delitos de cohecho del CP (se esté de acuerdo o no con el autor en la existencia de todas ellas) que resume en pocas páginas OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, *LH-Torío*, 1999, 873 ss., quien califica el capítulo del CP en que se recogen de “arcaico, casuístico, atormentado, repetitivo, desordenado y descoordinado” (869), concluyendo con –cáustico- humor (878): “Quien sin conocimiento específicamente jurídico y sólo armado del sentido común, considere el texto que el Código penal dedica a los

recomendables", más problemáticos que indicados. Pero, suponiendo que la eficacia preventiva fuera un valor absoluto (que no lo es), ¿resultan muy eficaces en la lucha contra la corrupción? Creo que se puede contestar brevemente que no, a juzgar por el hecho de que, en sus casi siete años de vigencia, por lo que alcanzo a ver, no han sido aplicados ni una sola vez por Tribunales de cuyas resoluciones podamos tener constancia a través de los repertorios jurisprudenciales al uso<sup>108</sup>, si bien el art. 425 CP es mencionado en diversas resoluciones judiciales<sup>109</sup>, normalmente para contradecir alegaciones defensivas que pretenden la aplicación de este tipo como más benigno que alguno de los de cohecho pasivo propio (especialmente el del art. 420 CP) o excluir de la punición algún supuesto de cohecho activo. Esta falta de aplicación indicaría una más que probable contradicción con, entre otros, el principio de eficacia (que también) debe limitar, como hemos dicho, el *ius puniendi* estatal.

*d) Las (por algunos) llamadas prevaricaciones especiales o específicas*

El CP 1995, actualmente vigente, introduce también tres preceptos novedosos, ubicados fuera del título dedicado a los delitos contra la Administración pública, pero que obviamente guardan relación con ellos<sup>110</sup>. Se trata de los siguientes:

Art. 320: "1. La Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes será castigado con la pena establecida en el artículo 404<sup>111</sup> de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. / 2. Con las mismas penas se castigará a la Autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de

delitos de cohecho, quedará perplejo. Quien a ese sentido común añada aquel conocimiento jurídico, incluso si se refiere al ámbito jurídicopenal, también quedará perplejo. De la perplejidad se ha dicho que es camino que lleva a la sabiduría. En este sentido, ese texto legal es una amplia avenida hacia la sabiduría. / Así pues, no me extraña que los más jóvenes penalistas, sin duda más sabios que sus predecesores, dirijan actualmente su atención hacia el -hasta ahora desatendido- delito (delitos) de cohecho".

108 Recuérdese lo señalado en las nn. 65 y 100.

109 Por citar una muy conocida a modo de ejemplo, la sentencia TS 21-12-1999 (RJ 9436), en el caso Roldán.

110 Los tipos en cuestión se encuadran en diferentes capítulos del Título XVI del Libro II CP, que lleva por rúbrica "De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente".

111 El art. 404 CP, dentro, como sabemos, de los delitos contra la Administración pública, tipifica el delito de prevaricación de autoridad o funcionario público, con el siguiente tenor: "A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años".

un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

Art. 322: “1. La Autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya informado favorablemente proyectos de derribo o alteración de edificios singularmente protegidos será castigado además de con la pena establecida en el artículo 404 de este Código con la de prisión de seis meses a dos años o la de multa de doce a veinticuatro meses. / 2. Con las mismas penas se castigará a la Autoridad o funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado haya resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

Art. 329: “1. La Autoridad o funcionario público que, a sabiendas, hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes a que se refieren los artículos anteriores, o que con motivo de sus inspecciones hubieren silenciado la infracción de Leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen será castigado con la pena establecida en el artículo 404 de este Código y, además, con la de prisión de seis meses a tres años o la de multa de ocho a veinticuatro meses. / 2. Con las mismas penas se castigará a la Autoridad o Funcionario público que por sí mismo o como miembro de un organismo colegiado hubiese resuelto o votado a favor de su concesión a sabiendas de su injusticia”.

Algunos denominan a estos delitos<sup>112</sup> prevaricaciones especiales o específicas, en una terminología que otros discuten porque, pese a la evidente semejanza y relación con el delito de prevaricación, también presentan elementos peculiares respecto del mismo, entre otros, la (añadida) afectación de bienes jurídicos distintos al que se protege con el castigo de la prevaricación, y, desde luego, no todas las conductas descritas en estos tipos encajarían, de no existir los mismos, en el genéri-

<sup>112</sup> Los trabajos doctrinales sobre ellos son ya bastantes. Baste con citar algunos de los más recientes y completos, en los que se hallan referencias muy amplias al resto: GÓMEZ TOMILLO, *Urbanismo, función pública y Derecho Penal*, 2000; DE LA MATA BARRANCO, *La construcción de tipos específicos a partir de la participación en un hecho ajeno: el ejemplo de las denominadas prevaricaciones especiales*, en: *El nuevo Derecho Penal Español. Estudios Penales en Memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz* (EM-Valle), 2001, 1217; RODRÍGUEZ PUERTA / VILLACAMPA ESTIARTE, *La responsabilidad penal del funcionario público en materia urbanística*, en: EM-Valle, 2001, 1737, ss.; ALASTUEY DOBÓN, *El ámbito de aplicación del artículo 329 CP: examen de sus conductas típicas*, en: *RDPCr* 9 (2002), 11 ss.; CANCIO MELIÁ, *La responsabilidad del funcionario por delitos contra el medio ambiente en el Código Penal español*, en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1999 (publicado en 2002), 137 ss. (incluye listado bibliográfico en pp.172 ss.); CARMONA SALGADO, *Consideraciones críticas en torno a algunos delitos urbanísticos*, en: LH-Cerezo, 2002, 1205 ss.; GARCÍA PÉREZ, *Algunas reflexiones sobre la denominada prevaricación específica del artículo 320 del Código Penal*, en: LH-Cerezo, 2002, 1259 ss..

co de prevaricación del art. 404 CP. Estos preceptos aparentemente pretenden, por un lado, preservar especialmente la corrección en la actuación administrativa en ámbitos singularmente sensibles, y, por otro, resolver legislativamente problemas que al legislador le parece difícil solucionar conforme a las reglas generales de la participación, la omisión, el concurso de leyes o de delitos, etc.

Es nuevamente imposible exponer aquí los pormenores de estos delitos, pero, al margen de otras deficiencias técnicas y rasgos políticocriminales discutibles, cabe decir que resuelven menos problemas de los que crean. Cuestiones tan complejas como la imputación de responsabilidad penal a las autoridades o funcionarios que intervienen en delitos urbanísticos, contra el patrimonio cultural o histórico (aquí en relación con edificios singularmente protegidos) o medioambientales o por su intervención en órganos colegiados no pueden reducirse, ni siquiera en aspectos parciales, a reglas simples como las que aparentemente contienen los preceptos que nos ocupan. De hecho, castigar, por ejemplo, sólo a través del art. 329 algunos casos de participación de autoridades o funcionarios en delitos contra el medio ambiente, que a la vez encajen en él supondría incluso un privilegio sin fundamento alguno para esas autoridades y funcionarios. Por ello la doctrina se esfuerza en resolver los problemas que plantean esos supuestos (y lo consigue, aunque existen algunas discrepancias entre autores) desvelando las complicadas (que lo serían menos de no existir el citado artículo) relaciones de concurso de leyes y/o de delitos entre la participación en el correspondiente delito contra el medio ambiente, el tipo genérico de prevaricación y el delito del art. 329 CP<sup>113</sup>. Para evitar lagunas de punición o problemas en la determinación de la posible responsabilidad penal por la omisión de poner de manifiesto la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que regulen las empresas o actividades contaminantes, detectada con motivo de las inspecciones, se incluye esta conducta en el tipo del art. 429, pero se olvida (entre otras conductas omisivas) la más obvia de omisión de la inspección, que también plantearía problemas de inclusión en otros tipos. Y, desde luego, se anticipa la punición a un estadio que se correspondería con el de los actos preparatorios cuando se castiga el informar favorablemente la concesión de licencias, con independencia de que éstas se concedan finalmente o no (y, claro, de que el hecho que afecta a la ordenación del territorio, al patrimonio histórico representado en edificios singularmente protegidos o al medio ambiente avance más o no) y se equipara esta conducta a la resolución (o voto a favor) de la concesión. Esto último, nuevamente, puede dar la impresión (¿símbolo?) de un gran celo en la búsqueda de la correcta actuación administrativa y de una dureza

113 Un resumen de algunos problemas concursales en MARTÍNEZ CANTÓN, *Problemas concursales del art. 329 CP con el delito contra el medio ambiente del art. 325 CP y el delito de prevaricación del art. 404 CP*, en: Aranzadi Penal 28 (2001), 1 ss.

¿ejemplar? en su sanción, pero es altamente discutible desde el punto de vista de los principios que deben limitar el *ius puniendi* estatal.

Y, por fin, pasando de las dificultades y cuestionamientos “teóricos” a la realidad práctica de la aplicación de estos tipos que (presuponiendo la mejor de las intenciones en el legislador) pretendían simplificar y reforzar el combate contra formas comunes de corrupción (en sentido amplio) en ámbitos especialmente sensibles, sería de esperar que esa simplificación y refuerzo hubieran conducido a una notable aplicación de estos tipos. Pues bien, el panorama que se deriva de los repertorios jurisprudenciales no es éste. De hecho, con referencia a ellos sólo he encontrado, en relación con el art. 320 CP, algunos autos absolutorios de las AP Vizcaya<sup>114</sup>, Castellón<sup>115</sup>, Soria<sup>116</sup>, La Rioja<sup>117</sup>, Barcelona<sup>118</sup> y Girona<sup>119 120</sup>, uno de la AP Madrid<sup>121</sup> en el que se confirma un auto de apertura de juicio oral, y no muchas sentencias: absolutorias de las AP Ávila<sup>122</sup>, León<sup>123</sup>, Barcelona<sup>124</sup>, Las Palmas<sup>125</sup>, y condenatorias de las AP León (320.2)<sup>126</sup> y AP Cantabria (320.2)<sup>127</sup>. No he encontrado resoluciones judiciales en relación con el art. 422 CP (salvo alguna mención al hilo del delito de prevaricación o de otras “prevaricaciones específicas”<sup>128</sup>). Y respecto del art. 329

114 29-6-1999 (ARP 3068) (menciona también el art. 429 CP).

115 31-7-1999 (ARP 3133).

116 17-6-2000 (JUR 225957)

117 16-10-2001 (JUR 23429)

118 25-4-2002 (ARP 525).

119 30-12-2002 (número oficial: 660/2002)

120 También tienen el mismo carácter el auto AP Cádiz 29-1-1998 (ARP 336), que menciona el art. 320 CP, aunque no me queda claro si se acusaba por ese precepto, y el de AP Cantabria 9-1-2002 (JUR 2002/95550), que se refiere a los arts. 320 y 329 CP.

121 4-7-2000 (JUR 285247)

122 18-10-1999 (ARP 5699).

123 13-12-2001 (JUR 2002/67173) (absuelve en lo que se refiere al art. 420 –también menciona el 429- CP, aunque condena a otro sujeto por un delito contra la ordenación del territorio del art. 319.2 CP).

124 25-4-2002 (ARP 525).

125 26-11-2002 (número oficial: 190/2002).

126 22-2-2001 (ARP 218), confirmando la resolución del Juzgado.

127 24-6-2002 (ARP 591).

128 Omito la cita, en relación con las tres figuras, de este tipo de resoluciones (a modo de ejemplo y por su relación con la emisión de informes, v. sentencia AP Asturias 21-5-1998, ARP 1998/2622).

CE, un auto de sobreseimiento del TSJ Cataluña<sup>129</sup>, otro de contenido absolutorio de la AP Girona<sup>130</sup>, uno de la AP Castellón<sup>131</sup> revocando un auto de sobreseimiento y ordenando continuar con la instrucción, dos sentencias absolutorias de la AP Barcelona<sup>132</sup> y una, también absolutoria, de la AP Valencia<sup>133</sup>. Parece que no cabe achacar esta falta de aplicación a la inexistencia actual de los hechos recogidos en los tipos (por ejemplo, por la eficacia preventiva de su propia presencia en la ley) ni a ningún oscuro interés o desidia de los Jueces y Tribunales a la hora de perseguirlos, sino a los defectos señalados en este apartado y a otros que, en parte al menos, también se han mencionado anteriormente y limitan las posibilidades del Derecho penal en materia de corrupción política y administrativa.

#### IV. A modo de resumen o conclusión

En el presente trabajo se ha pretendido poner de manifiesto, dentro de unas consideraciones generales sobre la corrupción, que el Derecho penal y, en concreto, los preceptos que tipifican delitos contra la Administración pública (y algunos otros relacionados con ellos), cuyos principales rasgos se han expuesto sintéticamente, pueden y deben desempeñar un papel en la lucha contra la corrupción política y administrativa. Sin embargo, el Derecho penal no puede ni debe ser el principal ni mucho menos el único instrumento (ni siquiera entre los de carácter jurídico) en esa lucha. La potestad punitiva del Estado debe estar sometida a principios limitadores que, a su vez y junto a otras razones (a veces de índole práctica), limitan las posibilidades del Derecho penal en la prevención y la represión de los comportamientos corruptos.

Sin embargo, da la impresión de que el legislador penal español ha pretendido utilizar en exceso el Derecho penal para esas tareas. Como no se trata aquí de realizar un juicio de intenciones, no es posible decidir con rotundidad si lo ha hecho desde el convencimiento de que sus decisiones eran las más adecuadas o como política de "gestos a la galería", aunque desgraciadamente la génesis de algunos preceptos apunta más bien en este último sentido. Ello supondría una

129 30-10-2000 (ARP 3261) (hay sobreseimiento respecto de un querellado).

130 10-11-2000 (JUR 123472).

131 31-12-2002 (JUR 123472).

132 7-5-2001 (ARP 598) [esta sentencia contiene una interesante crítica al precepto en cuanto a que castiga el silencio de infracciones detectadas con motivo de inspecciones y no la propia omisión de las inspecciones debidas; cita en el mismo sentido el auto de la misma AP de "28-3-2000 (ref. 2000/20717)", que no he podido encontrar] y 11-4-2002 (JUR 146081).

133 13-7-2002 (ARP 681).

nada recomendable utilización simbólica del Derecho penal que, si además va acompañada de una ineficacia práctica comprobada, puede conducir a medio plazo a la defraudación de las expectativas creadas en la sociedad y precisamente al efecto opuesto al pretendido: escasa creencia en que nuestros gobernantes y legisladores se preocupan realmente de combatir la corrupción (lo cual, a su vez, puede llegar a ser incluso, en el peor de los casos, un factor criminógeno).

Prescindiendo de si el (mero) carácter simbólico y, con él, la ineficacia preventiva (recordando a la vez que la eficacia no es un valor absoluto del Derecho penal y que en gran medida se consigue en mayor grado a través de la efectiva aplicación de la ley que mediante la creación, extensión y dureza de las figuras típicas) han sido buscados o al menos conocidos o, por el contrario, involuntarios y desconocidos por parte del legislador, creo haber demostrado de la mano de ejemplos de "modernos" tipos penales anticorrupción y de su real (in)aplicación (o escasa aplicación) algunos de los límites y errores del Derecho penal en la materia. No cabe descartar absolutamente que alguno de los tipos mencionados despliegue efectos positivos en el futuro, pero, por los diversos motivos que se han ido poniendo de manifiesto, ello parece hartamente improbable.

